شرح قواعد ابن رجب

لفضيلة الشيخ العلامة

محمد بن صالح العثيمين

غفر الله له ولوالديه وللمسلمين

المجلد الثاني

من إصدارات

مؤسسة الشيخ محمد بن صالح العثيمين الخيرية



سلسلة مؤلفات فضيلة الشيخ

١٤٨

شرح

قواعد ابن رجب

(٢)

ⓒ مؤسسة الشيخ محمد بن صالح العثيمين الخيرية، ١٤٣٦هـ
فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر
العثيمين، محمد بن صالح
شرح قواعد ابن رجب. / محمد بن صالح العثيمين ـ ط ١ ـ الرياض، ١٤٣٦هـ
٧١٦ ص؛ ١٧ × ٢٤ سم (سلسلة مؤلفات الشيخ ابن عثيمين؛ ١٤٨)
ردمك: ٨ ـ ٦٥ ـ ٨١٦٣ ـ ٦٠٣ ـ ٩٧٨
١ ـ ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد، ت ٧٩٥هـ ٢ ـ القواعد الفقهية.
٣ ـ الفقه الحنبلي. أ ـ العنوان
ديوي: ٢٥١،٦ ١٤٣٦/٩٠٥٥

رقم الإيداع: ١٤٣٦/٩٠٥٥
ردمك: ٨ ـ ٦٥ ـ ٨١٦٣ ـ ٦٠٣ ـ ٩٧٨

الطبعة الثانية
١٤٣٨هـ

يُطلب الكتاب من:
مُؤَسَّسَةِ الشَّيْخِ مُحَمَّدِ بْنِ صَالِحِ العُثَيْمِين الخَيْرِيَّةِ
المملكة العربية السعودية



القصيم - عنيزة - ٥١٩١١ ص. ب: ١٩٢٩
هاتف: ٠١٦/٣٦٤٢١٠٧ - ناسوخ: ٠١٦/٣٦٤٢٠٠٩
جوّال: ٠٥٥٣٦٤٢١٠٧ - جوّال المبيعات: ٠٥٠٠٧٣٣٧٦٦
www.binothaimeen.net
info@binothaimeen.com

الموزع المعتمد والحصري في جمهورية مصر العربية
دار الدُّرَّة الدولية للطباعة والتوزيع
١٣٥ شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - الحي الثامن - بجوار مدارس المنهل الخاصة.
هاتف وفاكس: ٢٢٧٢٠٥٥٢ - محمول: ٠١٠١٠٥٥٧٠٤٤

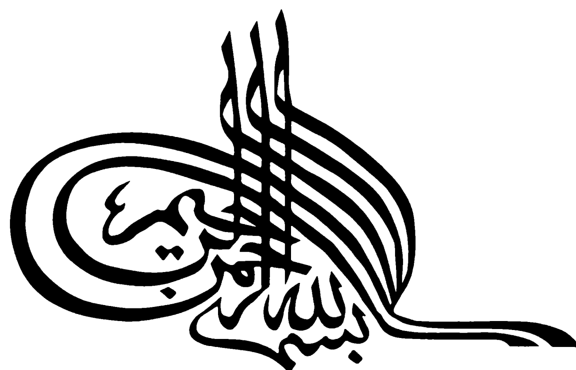
سلسلة مؤلفات فضيلة الشيخ (١٤٨)

شرح قواعد ابن رجب

لفضيلة الشيخ العلامة
محمد بن صالح العثيمين
غفر الله له ولوالديه وللمسلمين

المجلد الثاني

من إصدارات
مؤسسة الشيخ محمد بن صالح العثيمين الخيرية


بسم الله الرحمن الرحيم




الْقَاعِدَةُ الحَادِيَةُ وَالثَّمَانُونَ



النَّمَاءُ الْمُتَّصِلُ فِي الْأَعْيَانِ الْمَمْلُوكَةِ الْعَائِدَةِ إِلَى مَنِ انْتَقَلَ الْمِلْكُ عَنْهُ بِالْمَفْسُوخِ تَتْبَعُ الْأَعْيَانَ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا، وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يَتْبَعُ، وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الشِّيرَازِيُّ فِي الْمُبْهِجِ، وَلَمْ يَحْكِ فِيهِ خِلَافًا، وَهُوَ اخْتِيَارُ ابْنِ عَقِيلٍ، صَرَّحَ بِهِ فِي كِتَابِ الصَّدَاقِ، وَالشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ، وَيَتْبَعُ الْأَصْلَ فِي التَّوْثِقَةِ وَالضَّمَانِ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَيَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: الْمَرْدُودُ بِالْعَيْبِ إِذَا كَانَ قَدْ زَادَ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً؛ كَالسِّمَنِ وَتَعَلُّمِ صِنَاعَةٍ، فَالْمَشْهُورُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ أَنَّ الزِّيَادَةَ لِلْبَائِعِ تَبَعًا لِأَصْلِهَا، وَلَا يَسْتَحِقُّ الْمُشْتَرِي عَلَيْهِ شَيْئًا.

وَخَرَّجَ ابْنُ عَقِيلٍ بِأَنَّ الزِّيَادَةَ لِلْمُشْتَرِي، وَكَذَلِكَ قَالَ الشِّيرَازِيُّ، وَزَادَ أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ بِقِيمَةِ النَّمَاءِ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ، وَأَخَذَهُ مِنْ عُمُومِ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ إِذَا اشْتَرَى غَنَمًا فَنَمَتْ ثُمَّ اسْتَحَقَّتْ، فَالنَّمَاءُ لَهُ، قَالَ: وَهَذَا يَعُمُّ الْمُنْفَصِلَ وَالْمُتَّصِلَ.

قُلْتُ: وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى الرُّجُوعِ بِقِيمَةِ النَّمَاءِ الْمُتَّصِلِ صَرِيحًا؛ كَمَا قَالَ الشِّيرَازِيُّ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِيمَنِ اشْتَرَى سِلْعَةً فَنَمَتْ عِنْدَهُ، وَكَانَ بِهَا دَاءٌ، فَإِنْ شَاءَ الْمُشْتَرِي حَبَسَهَا وَرَجَعَ بِقَدْرِ الدَّوَاءِ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَرَجَعَ عَلَيْهِ بِقَدْرِ

النَّماءِ، وَتَأَوَّلَـهَا الْقَاضِي عَلَى أَنَّ النَّماءَ الْمُتَّصِلَ يَرُدُّهُ مَعَهَا، وَهُوَ ظَاهِرُ الْفَسَادِ؛ لِأَنَّ الضَّمِيرَ فِي قَوْلِهِ: «رَجَعَ» يَعُودُ إِلَى الْمُشْتَرِي، وَفِي قَوْلِهِ: «عَلَيْهِ» يَعُودُ إِلَى الْبَائِعِ، وَإِنَّمَا يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بِقِيمَةِ النَّماءِ الْمُنْفَصِلِ.

وَوَجْهُ الْإِجْبَارِ هُنَا عَلَى دَفْعِ الْقِيمَةِ أَنَّ الْبَائِعَ قَدْ أُجْبِرَ عَلَى أَخْذِ سِلْعَتِهِ وَرَدِّ ثَمَنِهَا، فَكَذَلِكَ نَمَاؤُهَا الْمُتَّصِلُ بِهَا يَتْبَعُهَا فِي حُكْمِهَا، وَإِنْ لَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ الْعَقْدُ، وَالْمَرْدُودُ بِالْإِقَالَةِ وَالْخِيَارِ يَتَوَجَّهُ فِيهِ مِثْلُ ذَلِكَ، إِلَّا أَنْ يُقَالَ الْفَسْخُ لِلْخِيَارِ وَقَعَ لِلْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ، بِخِلَافِ الْعَيْبِ وَالْإِقَالَةِ، وَقَدْ صَرَّحَ بِذَلِكَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي خِلَافِهِمَا، وَفِيهِ بُعْدٌ.

وَمِنْهَا: الْمَبِيعُ إِذَا أَفْلَسَ مُشْتَرِيهِ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ وَوَجَدَهُ الْبَائِعُ قَدْ نَمَا نَمَاءً مُتَّصِلًا، قَالَ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ: يَرْجِعُ بِهِ وَلَا شَيْءَ لِلْمُفْلِسِ.

وَكَذَلِكَ ابْنُ أَبِي مُوسَى ذَكَرَ الرُّجُوعَ، وَهُوَ مَأْخُوذٌ مِمَّا رَوَى الْمَيْمُونِيُّ وَإِسْحَاقُ ابْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَحْمَدَ إِذَا زَادَتِ الْعَيْنُ أَوْ نَقَصَتْ يَرْجِعُ فِي الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ، وَلَفْظُ رِوَايَةِ إِسْحَاقَ: قِيلَ لَهُ: فَإِنْ كَانَ زَادَ أَوْ نَقَصَ يَوْمَ اشْتَرَاهُ؟ قَالَ: هُوَ أَحَقُّ بِهِ زَادَ أَوْ نَقَصَ.

وَهَذَا يَحْتَمِلُ أَنْ يُرَادَ بِهِ زِيَادَةُ السِّعْرِ وَنُقْصَانُهُ، وَإِنِ اسْتُبْعِدَ ذَلِكَ فَلَيْسَ فِي اسْتِحْقَاقِ الرُّجُوعِ مَا يُنَافِي مُطَالَبَتَهُ بِقِيمَةِ الزِّيَادَةِ، كَمَا لَوْ كَانَتِ الزِّيَادَةُ صَبْغًا فِي الثَّوْبِ، وَقَالَ الْخِرَقِيُّ: لَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ.

وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي كِتَابِ الْهِبَةِ مِنْ خِلَافِهِ أَنَّهُ مَنْصُوصٌ عَنْ أَحْمَدَ، فَيَكُونُ أُسْوَةً بِالْغُرَمَاءِ، كَمَا لَوْ طَلَّقَ الزَّوْجُ قَبْلَ الدُّخُولِ وَقَدْ زَادَ الصَّدَاقُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً،

وَفَارَقَ الرَّدَّ بِالْعَيبِ عِنْدَ مَنْ سَلَّمَهُ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ بِالْعَيبِ قَدْ رَضِيَ الْمُشْتَرِي بِرَدِّهِ بِزِيَادَتِهِ، بِخِلَافِ الْمُفْلِسِ، وَلِأَنَّ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ اسْتَنَدَ إِلَى سَبَبٍ مُقَارِنٍ لِلْعَقْدِ، وَالْفَسْخُ هُنَا اسْتَنَدَ إِلَى سَبَبٍ حَادِثٍ، وَهُوَ حُكْمُ الحَاكِمِ، وَهُوَ شَبِيهٌ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَيُنْتَقَضُ الْأَوَّلُ بِمَا لَوِ اشْتَرَى عَبْدًا بِثَوْبٍ، فَوَجَدَ صَاحِبُ الثَّوْبِ بِهِ عَيْبًا، فَإِنَّهُ يَرُدُّهُ وَيَأْخُذُ الْعَبْدَ وَإِنْ كَانَ قَدْ سَمِنَ.

وَالثَّانِي: بِمَا لَوْ بَاعَهُ عَيْنًا بَعْدَ إِفْلَاسِهِ وَقَبْلَ حَجْرِ الحَاكِمِ؛ فَإِنَّ حَجْرَهُ إِنَّمَا هُوَ مُعْتَبَرٌ لِثُبُوتِ الْمُفْلِسِ وَظُهُورِهِ، وَقَدْ سَبَقَ نَصَّ أَحْمَدَ بِذَلِكَ.

وَأَيْضًا فَلَوْ بَاعَهُ بَعْدَ الحَجْرِ وَلَمْ يَعْلَمْ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِهَا فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

وَفَرَّقَ الْأَوَّلُونَ بَيْنَ رُجُوعِ الْبَائِعِ هَهُنَا وَبَيْنَ الصَّدَاقِ بِأَنَّ الصَّدَاقَ يُمْكِنُ لِلزَّوْجِ الرُّجُوعُ إِلَى بَدَلِهِ تَامًّا، بِخِلَافِ الْبَائِعِ، فَإِنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ الدُّخُولُ إِلَى حَقِّهِ تَامًّا إِلَّا بِالرُّجُوعِ، هَذَا ضَعِيفٌ؛ لِأَنَّ انْدِفَاعَ الضَّرَرِ عَنْهُ بِالْبَدَلِ لَا يُسْقِطُ حَقَّهُ مِنَ الْعَيْنِ، وَلَوْ كَانَ ثَابِتًا، ثُمَّ يَبْطُلُ بِمَا لَوْ كَانَتِ الزَّوْجَةُ مُفْلِسَةً، فَإِنَّ حَقَّهُ لَا يَثْبُتُ فِي الْعَيْنِ، فَبَطَلَ الْفَرْقُ، وَيَتَخَرَّجُ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِي الرَّدِّ بِالْعَيْبِ أَنْ يَرْجِعَ الْبَائِعُ هَهُنَا وَيَرُدَّ قِيمَةَ الزِّيَادَةِ، كَمَا لَوْ صَبَغَ الْمُفْلِسُ الثَّوْبَ.

وَمِنْهَا: مَا وَهَبَهُ الْأَبُ لِوَلَدِهِ إِذَا زَادَ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً، فَهَلْ يَمْنَعُ رُجُوعَ الْأَبِ أَمْ لَا؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ مَعْرُوفَتَيْنِ، وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ امْتِنَاعُ الرُّجُوعِ، وَعَلَى الْقَوْلِ بِجَوَازِهِ فَلَا شَيْءَ عَلَى الْأَبِ لِلزِّيَادَةِ؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِمَا يُبَاحُ لَهُ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ، فَهُوَ بِالرُّجُوعِ وَالْقَبْضِ يَتَمَلَّكُ لَـهَا.

وَمِنْهَا: إِذَا أَصْدَقَهَا شَيْئًا فَزَادَ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ فِي نِصْفِهِ، وَسَقَطَ حَقُّهُ مِنْهُ إِلَى قِيمَةِ النِّصْفِ، ذَكَرَهُ الخِرَقِيُّ، وَلَمْ نَعْلَمْ عَنْ أَحَدٍ مِنَ الْأَصْحَابِ خِلَافَهُ، حَتَّى جَعَلَهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَفَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْبَائِعِ الْمُفْلِسِ بِأَنَّ فَسْخَ الْبَائِعِ رَفْعٌ لِلْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ، وَالطَّلَاقُ قَاطِعٌ لِلنِّكَاحِ مِنْ حِينِهِ، فَلَا يَكُونُ لِلزَّوْجِ حَقٌّ فِي الزِّيَادَةِ وَهَذَا مَمْنُوعٌ؛ فَإِنَّ الْفَسْخَ بِالْفَلَسِ رَفْعٌ لِلْعَقْدِ مِنْ حِينِهِ أَيْضًا، فَهُوَ كَالطَّلَاقِ.

وَخَرَّجَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ الرُّجُوعَ فِي النِّصْفِ بِزِيَادَةٍ مُتَّصِلَةٍ مِنَ الرِّوَايَةِ الْمَحْكِيَّةِ عَنْ أَحْمَدَ فِي الرُّجُوعِ فِي نِصْفِ الزِّيَادَةِ الْمُنْفَصِلَةِ وَأَوْلَى. وَسَنَذْكُرُ أَصْلَ هَذِهِ الرِّوَايَةِ فِيمَا بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

وَيَتَخَرَّجُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ بِالرُّجُوعِ فِي النِّصْفِ بِزِيَادَتِهِ، وَبِرَدِّ قِيمَةِ الزِّيَادَةِ كَمَا فِي الْفَسْخِ بِالْعَيْبِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ.

وَهَذَا إِذَا كَانَتِ الْعَيْنُ يُمْكِنُ فَصْلُهَا وَقِسْمَتُهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَهُوَ شَرِيكٌ بِقِيمَةِ النِّصْفِ يَوْمَ الْإِصْدَاقِ.

وَمِنْهَا: إِذَا اشْتَرَى قَصِيلًا[1] بِشَرْطِ الْقَطْعِ، فَتَرَكَهُ حَتَّى سَنْبَلَ وَاشْتَدَّ، أَوْ ثَمَرًا وَلَمْ يَبْدُ صَلَاحُهُ بِشَرْطِ الْقَطْعِ، فَتَرَكَهُ حَتَّى بَدَا صَلَاحُهُ، فَهَلْ يَبْطُلُ الْبَيْعُ بِذَلِكَ أَمْ لَا؟

فِيهِ رِوَايَتَانِ: أَشْهَرُهُمَا أَنَّهُ يَبْطُلُ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الخِرَقِيِّ وَأَبِي بَكْرٍ وَابْنِ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ، وَلِلْبُطْلَانِ مَأْخَذَانِ:

---

(١) القصيل: هو الشعير يُجزّ أخضر لعلف الدواب. المصباح المنير (٢/ ٥٠٦).

أَحَدُهُمَا: أَنَّ تَأْخِيرَهُ مُحَرَّمٌ لِحَقِّ اللهِ تَعَالَى، فَأَبْطَلَ الْبَيْعَ، كَتَأْخِيرِ الْقَبْضِ فِي الرِّبَوِيَّاتِ، وَلِأَنَّهُ وَسِيلَةٌ إِلَى شِرَاءِ الثَّمَرَةِ وَبَيْعِهَا قَبْلَ بُدُوِّ صَلَاحِهَا، وَهُوَ مُحَرَّمٌ، وَوَسَائِلُ الْمُحَرَّمِ مَمْنُوعَةٌ، وَبِهَذَا عَلَّلَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ.

وَالْمَأْخَذُ الثَّانِي: أَنَّ مَالَ الْمُشْتَرِي اخْتَلَطَ بِمَالِ الْبَائِعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ عَلَى وَجْهٍ لَا يَتَمَيَّزُ مِنْهُ، فَبَطَلَ بِهِ الْبَيْعُ، كَمَا لَوْ تَلِفَ، فَإِنَّ تَلَفَهُ فِي هَذِهِ الْحَالِ يُبْطِلُ الْبَيْعَ لِضَمَانِهِ عَلَى الْبَائِعِ.

فَعَلَى الْمَأْخَذِ الْأَوَّلِ لَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ إِلَّا بِالتَّأْخِيرِ إِلَى بُدُوِّ الصَّلَاحِ وَاشْتِدَادِ الْحَبِّ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ، وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ، وَيَكُونُ تَأَخُّرُهُ إِلَى مَا قَبْلَ ذَلِكَ جَائِزًا.

وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ بْنِ ثَوَابٍ عَلَى أَنَّهُ إِذَا أَخَّرَهُ حَتَّى تَلِفَ بِعَاهَةٍ قَبْلَ صَلَاحِهِ أَنَّهُ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ، مُعَلِّلًا بِأَنَّ هَذَا نَشَأَ فِي مِلْكِ الْبَائِعِ وَنَخْلِهِ، فَلَمَّا عَلَّلَ بِانْفِصَالِهِ لِمِلْكِ الْبَائِعِ عَلِمَ أَنَّ الْبَيْعَ لَمْ يَكُنْ مُنْفَسِخًا قَبْلَ تَلَفِهِ، وَكَانَ التَّأْخِيرُ تَفْرِيطًا، وَلَوْ كَانَ الْمُشْتَرَى رَطْبَةً أَوْ مَا أَشْبَهَهَا مِنَ النَّعْنَاعِ وَالْهِنْدِبَا، أَوْ صُوفًا عَلَى ظَهْرٍ، فَتَرَكَهَا حَتَّى طَالَتْ؛ لَمْ يَنْفَسِخِ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّهُ لَا نَهْيَ فِي بَيْعِ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ، وَهَذِهِ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ.

وَعَلَى الْمَأْخَذِ الثَّانِي يَبْطُلُ الْبَيْعُ بِمُجَرَّدِ الزِّيَادَةِ وَاخْتِلَاطِ الْمَالَيْنِ، إِلَّا أَنَّهُ يُعْفَى عَنِ الزِّيَادَةِ الْيَسِيرَةِ، كَالْيَوْمِ وَالْيَوْمَيْنِ، وَنَصَّ عَلَى ذَلِكَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَحْمَدَ ابْنِ سَعِيدٍ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الثَّمَرِ وَالزَّرْعِ وَغَيْرِهِمَا مِنَ الرَّطْبَةِ وَالْبُقُولِ وَالصُّوفِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي بَكْرٍ عَبْدِ الْعَزِيزِ وَالْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَصَاحِبِ الْمُغْنِي.

وَبِمِثْلِ ذَلِكَ أَجَابَ أَبُو الحَسَنِ الجَزَرِيُّ فِيمَنِ اشْتَرَى خَشَبًا لِيَقْطَعَهُ فَتَرَكَهُ حَتَّى اشْتَدَّ وَغَلُظَ أَنَّ الْبَيْعَ يَنْفَسِخُ، وَمَتَى تَلِفَ بِجَائِحَةٍ بَعْدَ التَّمَكُّنِ مِنْ قَطْعِهِ فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي، وَهُوَ مُصَرَّحٌ بِهِ فِي المُجَرَّدِ وَالْمُغْنِي، وَتَكُونُ الزَّكَاةُ عَلَى الْبَائِعِ عَلَى هَذَا المَأْخَذِ بِغَيْرِ إِشْكَالٍ، وَأَمَّا عَلَى الْأَوَّلِ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ عَلَى الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ إِنَّمَا يَنْفَسِخُ بَعْدَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ، وَفِي تِلْكَ الحَالِ تَجِبُ الزَّكَاةُ، فَلَا تَسْقُطُ بِمُقَارَنَتِهِ الْفَسْخَ عَلَى رَأْيِ مَنْ يَرَى جَوَازَ اقْتِرَانِ الحُكْمِ وَمَانِعِهِ كَمَا سَبَقَ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ عَلَى الْبَائِعِ، ثُمَّ يَذْكُرُ الْأَصْحَابُ فِيهِ خِلَافًا؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ بِبُدُوِّ الصَّلَاحِ اسْتَنَدَ إِلَى سَبَبٍ سَابِقٍ عَلَيْهِ، وَهُوَ تَأْخِيرُ الْقَطْعِ، وَقَدْ يُقَالُ: يَبْدُو الصَّلَاحُ بِتَعَيُّنِ انْفِسَاخِ الْعَقْدِ مِنْ حِينِ التَّأْخِيرِ.

وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ عَنْ أَحْمَدَ فِيمَا إِذَا تَرَكَهُ حَتَّى صَارَ شَعِيرًا إِنْ أَرَادَ حِيلَةً، فَسَدَ الْبَيْعُ.

فَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ جَعَلَ هَذِهِ رِوَايَةً ثَالِثَةً بِالْبُطْلَانِ مَعَ قَصْدِ التَّحَيُّلِ عَلَى شِرَاءِ الزَّرْعِ قَبْلَ اشْتِدَادِهِ لِلتَّبْقِيَةِ، كَابْنِ عَقِيلٍ فِي التَّذْكِرَةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: بَلْ مَتَى تَعَمَّدَ الحِيلَةَ فَسَدَ الْبَيْعُ مِنْ أَصْلِهِ، وَلَمْ يَنْعَقِدْ بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَإِنَّمَا الخِلَافُ فِيمَا إِذَا لَمْ يَقْصِدِ الحِيلَةَ، ثُمَّ تَرَكَهُ حَتَّى بَدَا صَلَاحُهُ، كَصَاحِبِ المُغْنِي.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: قَصْدُ الحِيلَةِ إِنَّمَا يُؤَثِّرُ فِي الإِثْمِ، لَا فِي الْفَسَادِ وَعَدَمِهِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي، وَإِذَا تَقَرَّرَ هَذَا فَالزِّيَادَةُ إِنَّمَا تُعْلَمُ بِاخْتِلَافِ الْقِيمَةِ؛ لِعَدَمِ تَمْيِيزِهَا فِي نَفْسِهَا، وَهِيَ تَفَاوُتُ مَا بَيْنَ الْقِيمَةِ يَوْمَ الشِّرَاءِ وَبَعْدَ الزِّيَادَةِ الحَادِثَةِ بَعْدَهُ، كَذَلِكَ قَالَ الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ عَلَى مَا سَيَأْتِي،

وَهُوَ مُتَمَشٍّ عَلَى الْمَأْخَذِ الثَّانِي فِي الِانْفِسَاخِ بِمُجَرَّدِ الزِّيَادَةِ بَعْدَ الْعَقْدِ.

وَأَمَّا عَلَى الْمَأْخَذِ الْأَوَّلِ فَالزِّيَادَةُ هِيَ تَفَاوُتُ مَا بَيْنَ الْقِيمَةِ قَبْلَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ وَبَعْدَهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَزُلْ عَنْهُ مِلْكُ الْمُشْتَرِي وَقْتَ ظُهُورِ الصَّلَاحِ، وَبِذَلِكَ جَزَمَ فِي الْكَافِي، وَحَكَاهُ فِي الْمُغْنِي احْتِمَالًا عَنِ الْقَاضِي.

وَبَقِيَ الْكَلَامُ فِي حُكْمِ الزِّيَادَةِ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ، أَمَّا رِوَايَةُ الِانْفِسَاخِ فَفِيهَا رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنَّهَا لِلْبَائِعِ، وَهِيَ اخْتِيَارُ ابْنِ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي، وَنَقَلَهَا أَبُو طَالِبٍ وَغَيْرُهُ عَنْ أَحْمَدَ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ مَتَى انْفَسَخَ يَعُودُ إِلَى بَائِعِهِ بِنَمَائِهِ الْمُنْفَصِلِ؛ كَسِمَنِ الْعَبْدِ وَنَحْوِهِ، بَلْ هُنَا أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مِنْ تَيَقُّنِهِ فِي مِلْكِهِ، فَحَقُّهُ فِيهِ أَقْوَى.

وَالثَّانِيَةُ: يَتَصَدَّقَانِ بِهَا مَعَ فَسَادِ الْبَيْعِ، قَالَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَكِتَابِ الرِّوَايَتَيْنِ: نَقَلَهَا حَنْبَلٌ، قَالَ: وَهِيَ مَحْمُولَةٌ عِنْدِي عَلَى الِاسْتِحْبَابِ بِوُقُوعِ الْخِلَافِ فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ وَفَسَادِهِ وَمُسْتَحَقِّ النَّمَاءِ، فَأَسْتَحِبُّ الصَّدَقَةَ بِهِ.

وَأَنْكَرَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ ثُبُوتَ هَذِهِ الرِّوَايَةِ، وَقَالَ: هِيَ سَهْوٌ مِنَ الْقَاضِي. قَالَ: وَإِنَّمَا ذَكَرَهَا الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ مُسْتَدِلًّا بِهَا عَلَى الصِّحَّةِ، فَأَمَّا مَعَ الْفَسَادِ فَلَا وَجْهَ لِهَذَا الْقَوْلِ.

وَأَمَّا ابْنُ أَبِي مُوسَى فَقَالَ: وَعَنْهُ يَتَصَدَّقُ الْبَائِعُ بِالْفَضْلِ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ، وَهَذَا التَّعْلِيلُ يَرُدُّ عَلَيْهِ الزِّيَادَةَ فِي الْمَرْدُودِ بِالْعَيْبِ وَنَحْوِهِ، لَكِنَّ الْمُرَادَ أَنَّ هَذِهِ الزِّيَادَةَ عَادَتْ إِلَيْهِ لِانْفِسَاخِ الْعَقْدِ عَلَى وَجْهٍ مَنْهِيٍّ عَنْهُ فِي الشَّرْعِ، بِخِلَافِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ، ثُمَّ حَكَى رِوَايَةً ثَالِثَةً بِاشْتِرَاكِ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي فِي الزِّيَادَةِ، وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ

تَرْجِعُ إِلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ الزِّيَادَةَ الْمُتَّصِلَةَ لَا تَتْبَعُ فِي الْفَسْخِ، بَلْ تَبْقَى عَلَى مِلْكِ الْمُشْتَرِي، وَإِنَّمَا شَارَكَهُ الْبَائِعُ فِيهَا لِأَنَّهَا نَمَتْ مِنْ مِلْكِهِ وَمِلْكِ الْمُشْتَرِي، وَلَوْلَا ذَلِكَ لَانْفَرَدَ بِهَا الْمُشْتَرِي.

فَإِنْ قِيلَ: لَا يَلْزَمُ تَخْرِيجُهَا عَلَى هَذَا الْأَصْلِ، وَخَصَّ ابْنُ أَبِي مُوسَى هَذَا الْخِلَافَ بِالثِّمَارِ، فَأَمَّا الزَّرْعُ فَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ خِلَافًا، إِلَّا أَنَّ الزِّيَادَةَ لِلْبَائِعِ.

وَأَمَّا عَلَى رِوَايَةِ الصِّحَّةِ، فَفِي حُكْمِ الزِّيَادَةِ ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ:

إِحْدَاهُنَّ: إِنَّمَا يَشْتَرِكَانِ بَيْنَهُمَا فِيهَا، نَقَلَهَا أَحْمَدُ بْنُ سَعِيدٍ لِحُدُوثِهَا عَلَى مِلْكَيْهِمَا كَمَا سَبَقَ، وَحَمَلَهَا الْقَاضِي عَلَى الِاسْتِحْبَابِ، وَلَا يَصِحُّ، وَبِالِاشْتِرَاكِ أَجَابَ أَبُو حَفْصٍ الْبَرْمَكِيُّ فِيمَنِ اشْتَرَى خَشَبًا لِلْقَطْعِ فَتَرَكَهُ حَتَّى اشْتَدَّ وَغَلُظَ.

وَالثَّانِيَةُ: يَتَصَدَّقَانِ بِهَا، وَأَخَذَهَا الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ مِنْ رِوَايَةِ حَنْبَلٍ، وَتِلْكَ قَدْ صَرَّحَ فِيهَا أَحْمَدُ بِفَسَادِ الْبَيْعِ عَلَى مَا حَكَاهُ الْقَاضِي أَيْضًا فِي الْمُجَرَّدِ وَكِتَابِ الرِّوَايَتَيْنِ، ثُمَّ قَالَ: وَهَذَا عِنْدِي عَلَى الِاسْتِحْبَابِ الْمَنْهِي عَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ، وَهَذَا لَمْ يُضْمَنْ عَلَى الْمُشْتَرِي فَكُرِهَ لَهُ رِبْحُهُ، وَكُرِهَ لِلْبَائِعِ لِحُدُوثِهِ عَلَى مِلْكِ الْمُشْتَرِي.

وَكَذَلِكَ مَالَ صَاحِبُ الْمُغْنِي إِلَى حَمْلِهَا عَلَى الِاسْتِحْبَابِ؛ لِأَنَّ الصَّدَقَةَ بِالشُّبُهَاتِ مُسْتَحَبٌّ، وَهَذِهِ شُبْهَةٌ لِاشْتِبَاهِ الْأَمْرِ فِي مُسْتَحَقِّهَا، وَلِحُدُوثِهَا بِجِهَةٍ مَحْظُورَةٍ، وَيُشْبِهُ هَذِهِ الرِّوَايَةَ مَا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِبْحِ مَالِ الْمُضَارَبَةِ إِذَا خَالَفَ فِيهِ الْمُضَارِبُ، أَنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِهِ، وَفِيمَنْ أَجَّرَ مَا اسْتَأْجَرَهُ بِرِبْحٍ أَنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِهِ لِدُخُولِهِ فِي رِبْحِ مَا لَمْ يَضْمَنْ.

وَالرِّوَايَةُ الثَّالِثَةُ: أَنَّ الزِّيَادَةَ كُلَّهَا لِلْبَائِعِ، نَقَلَهَا الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي مَسْأَلَةِ زَرْعِ الْغَاصِبِ، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِيمَنِ اشْتَرَى قَصِيلًا فَتَرَكَهُ حَتَّى سَنْبَلَ، يَكُونُ لِلْمُشْتَرِي مِنْهُ بِقَدْرِ مَا اشْتَرَى يَوْمَ اشْتَرَى، فَإِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ كَانَ لِلْبَائِعِ صَاحِبِ الْأَرْضِ، قِيلَ لَهُ: وَكَذَلِكَ النَّخْلُ إِذَا اشْتَرَاهُ لِيَقْلَعَهُ فَطَلَعَ؟ قَالَ: كَذَلِكَ فِي النَّخْلِ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ زِيَادَةٌ فَهُوَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ الْبَائِعِ.

وَوَجَّهَهُ الْقَاضِي بِأَنَّ الزِّيَادَةَ مِنْ نَمَاءِ مِلْكِ الْبَائِعِ، فَهِيَ كَالرِّبْحِ فِي الْمَالِ الْمَغْصُوبِ، فَإِنَّهُ يَكُونُ لِصَاحِبِ الْمَالِ دُونَ الْغَاصِبِ، وَيُلْغَى تَصَرُّفُهُ فِيهِ لِكَوْنِهِ مَحْظُورًا، كَذَلِكَ هَهُنَا، وَيُمْكِنُ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ تَصَرُّفِ الْغَاصِبِ بِأَنَّ الْغَاصِبَ إِنَّمَا لَهُ آثَارُ عَمَلٍ فَأُلْغِيَتْ، وَهُنَا لِلْمُشْتَرِي عَيْنُ مَالٍ نَمَتْ، فَكَيْفَ يَسْقُطُ حَقُّهُ مِنْ نَمَائِهَا؟

وَيُجَابُ عَنْهُ بِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ بِالْعَقْدِ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ مِنَ الثَّمَرَةِ، وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ فَلَا حَقَّ فِيهِ، وَهَذَا الْبَيْعُ لَمْ يَتِمَّ قَبْضُهُ فِيهِ، وَلَا وُجِدَ فِي ضَمَانِهِ، فَلَا يَسْتَحِقُّ أَنْ يَقْبِضَ غَيْرَ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْبَيْعُ بِمُقْتَضَى عَقْدِهِ.

وَحَمَلَ الْقَاضِي قَوْلَ أَحْمَدَ هَهُنَا، وَكَذَلِكَ النَّخْلُ إِذَا اشْتَرَاهُ لِيَقْلَعَهُ عَلَى أَنَّهُ اشْتَرَى جُذُوعَهُ لِيَقْطَعَهَا.

وَقَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: وَيَحْتَمِلُ عِنْدِي أَنْ يُقَالَ بِأَنَّ زِيَادَةَ الثَّمَرَةِ فِي صِفَتِهَا لِلْمُشْتَرِي، وَمَا طَالَ مِنَ الْجِزَّةِ لِلْبَائِعِ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الزِّيَادَةَ لَوْ فَرَضْنَا أَنَّ الْمُشْتَرِيَ كَانَ قَدْ جَزَّ مَا اشْتَرَاهُ لَأَمْكَنَ وُجُودُهَا، وَيَكُونُ لِلْبَائِعِ، فَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ تُجَزَّ. انْتَهَى.

وَاخْتَارَ الْقَاضِي خِلَافَ هَذَا كُلِّهِ، وَأَنَّ الزِّيَادَةَ كُلَّهَا لِلْمُشْتَرِي مَعَ صِحَّةِ الْعَقْدِ، وَلِلْبَائِعِ مَعَ فَسَادِهِ، وَلَمْ يُثْبِتْ فِي كِتَابِ الرِّوَايَتَيْنِ فِي الْمَذْهَبِ فِي هَذَا خِلَافًا، وَمَا قَالَهُ مِنِ انْفِرَادِ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَرَةِ بِزِيَادَتِهَا مُخَالِفٌ لِمَنْصُوصِ أَحْمَدَ وَقِيَاسِهِ كَذَلِكَ عَلَى سِمَنِ الْعَبْدِ غَيْرُ صَحِيحٍ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الزِّيَادَةَ نَمَتْ مِنْ أَصْلِ الْبَائِعِ، مَعَ اسْتِحْقَاقِ إِزَالَتِهَا عَنْهُ، بِخِلَافِ سِمَنِ الْعَبْدِ وَطُولِهِ، وَلَوْ قَالَ مَعَ ذَلِكَ بِوُجُوبِ الْأُجْرَةِ لِلْبَائِعِ إِلَى حِينِ الْقَطْعِ لَكَانَ أَقْرَبَ.

كَمَا أَفْتَى بِهِ ابْنُ بطَّةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيمَنِ اشْتَرَى خَشَبًا لِلْقَطْعِ فَتَرَكَهُ فِي أَرْضِ الْبَائِعِ حَتَّى غَلُظَ وَاشْتَدَّ: أَنَّهُ يَكُونُ بِزِيَادَتِهِ لِلْمُشْتَرِي، وَعَلَيْهِ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ أُجْرَةُ أَرْضِهِ لِلْمُدَّةِ الَّتِي تَرَكَهَا فِيهِ، وَأَخَذَهُ مِنْ غَرْسِ الْغَاصِبِ، وَلَكِنَّ تَبْقِيَةَ الشَّجَرِ فِي الْأَرْضِ لَهُ أُجْرَةٌ مُعْتَبَرَةٌ، وَلِلْمَالِكِ الزَّرْعُ، فَأَمَّا تَبْقِيَةُ الثَّمَرِ عَلَى رُءُوسِ الشَّجَرِ فَلَا يَسْتَحِقُّ لَهُ أُجْرَةً بِحَالٍ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي التَّفْلِيسِ.

وَحُكْمُ الْعَرَايَا إِذَا تُرِكَتْ فِي رُءُوسِ النَّخْلِ حَتَّى أَثْمَرَتْ حُكْمُ الثَّمَرِ إِذَا تُرِكَ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهُ عِنْدَ الْقَاضِي وَأَكْثَرِ الْأَصْحَابِ، وَمِنْهُمْ مَنْ لَمْ يَحْكِ خِلَافًا فِي الْبُطْلَانِ فِي الْعَرِيَّةِ، بِخِلَافِ الثَّمَرِ وَالزَّرْعِ، كَالْحُلْوَانِيِّ وَابْنِهِ، وَيُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ بَيْعَ الْعَرَايَا رُخْصَةٌ مُسْتَثْنَاةٌ مِنَ الْمُزَابَنَةِ الْمُحَرَّمَةِ شُرِعَتْ لِلْحَاجَةِ إِلَى أَكْلِ الرُّطَبِ وَشِرَائِهِ بِالثَّمَنِ، فَإِذَا تُرِكَ حَتَّى صَارَ تَمْرًا فَقَدْ زَالَ الْمَعْنَى الَّذِي شُرِعَتْ لِأَجْلِهِ الرُّخْصَةُ، وَصَارَ بَيْعَ تَمْرٍ بِتَمْرٍ، فَلَمْ يَصِحَّ إِلَّا بِتَعْيِينِ الْمُسَاوَاةِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَأَمَّا الْعُقُودُ فَيَتْبَعُ فِيهَا النَّمَاءُ الْمَوْجُودُ حِينَ ثُبُوتِ الْمِلْكِ بِالْقَبُولِ أَوْ غَيْرِهِ،

فَلَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا حِينَ الْإِيجَابِ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ.

فَمِنْ ذَلِكَ: الْمُوصَى بِهِ إِذَا نُمِّيَ نَمَاءً مُنْفَصِلًا بَعْدَ الْمَوْتِ وَقَبْلَ الْقَبُولِ فَإِنَّهُ يَتْبَعُ الْعَيْنَ إِذَا احْتَمَلَهُ الثُّلُثُ، ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِي.

وَقَالَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ: إِنْ قُلْنَا: لَا يَنْتَقِلُ الْمِلْكُ إِلَّا مِنْ حِينِ الْقَبُولِ؛ فَالزِّيَادَةُ مَحْسُوبَةٌ كَذَلِكَ عَلَيْهِ مِنَ الثُّلُثِ، وَإِنْ قُلْنَا: ثَبَتَتْ مِنْ حِينِ الْمَوْتِ، فَالزِّيَادَةُ لَهُ غَيْرُ مَحْسُوبَةٍ عَلَيْهِ مِنَ التَّرِكَةِ؛ لِأَنَّهَا نَمَاءُ مِلْكِهِ.

وَمِنْهُ: الشِّقْصُ الْمَشْفُوعُ إِذَا كَانَ فِيهِ شَجَرٌ، فَنَمَا قَبْلَ الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُهُ بِنَمَائِهِ بِالثَّمَنِ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي الزِّيَادَةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ فِيهِ ثَمَرٌ أَوْ زَرْعٌ فَنَمَا وَقُلْنَا: يَتْبَعُ فِي الشُّفْعَةِ، كَمَا هُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ فِيهِمَا. وَلَوْ تَأَبَّرَ الطَّلْعُ الْمَشْمُولُ بِالْبَيْعِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي، ثُمَّ أَخَذَهُ الشَّفِيعُ، فَفِي تَبَعِيَّتِهِ وَجْهَانِ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِ بِالطَّلْعِ وَنَمَائِهِ.

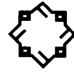
وَمِنْهُ: لَوِ اشْتَرَى رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ مَا اسْتَوْلَوْا عَلَيْهِ مِنْ مَالِ مُسْلِمٍ، ثُمَّ نَمَا عِنْدَ الْمُشْتَرِي نَمَاءً مُنْفَصِلًا حَتَّى زَادَتْ قِيمَتُهُ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِلزِّيَادَةِ، فَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا.

وَأَمَّا تَبَعِيَّةُ النَّمَاءِ فِي عُقُودِ التَّوَثُّقِ، فَإِنَّهُ يَتْبَعُ فِي الرَّهْنِ وَأَمْوَالِ الزَّكَاةِ وَالْجَانِي فِي التَّرِكَةِ الْمُتَعَلِّقِ بِهَا حُقُوقُ الْغُرَمَاءِ، وَإِنْ قِيلَ بِانْتِقَالِهَا إِلَى الْوَرَثَةِ؛ لِأَنَّ التَّعَلُّقَ فِيهَا إِمَّا تَعَلُّقُ رَهْنٍ أَوْ جِنَايَةٍ، وَالنَّمَاءُ الْمُتَّصِلُ تَابِعٌ فِيهِمَا، صَرَّحَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ بِذَلِكَ كُلِّهِ مُتَفَرِّقًا فِي كَلَامِهِمَا.

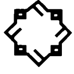
وَأَمَّا عُقُودُ الضَّمَانِ فَتتبَعُ فِي الْغَصْبِ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، وَحَكَى ابْنُ أَبِي مُوسَى فِيهِ رِوَايَةً أُخْرَى أَنَّهُ لَا يَتْبَعُ، وَلَا يَكُونُ النَّمَاءُ الْمُتَّصِلُ الحَادِثُ فِي يَدِ الْغَاصِبِ مَضْمُونًا إذَا رَدَّ الْأَصْلَ كَمَا قَبَضَهُ، وَقِيَاسُهُ الْعَارِيَّةُ؛ لِأَنَّ الِانْتِفَاعَ حَاصِلٌ بِهِ، فَيَصِيرُ حُكْمُهُ حُكْمَ الْأَصْلِ، كَنَمَاءِ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ.

وَتتبَعُ أَيْضًا فِي الصَّيْدِ الَّذِي فِي يَدِ الْمُحْرِمِ، وَفِي نَمَاءِ الْمَقْبُوضِ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ، وَجْهَانِ مَعْرُوفَانِ.





الْقَاعِدَةُ الثَّانِيَةُ وَالثَّمَانُونَ





وَالنَّمَاءُ الْمُنْفَصِلُ تَارَةً يَكُونُ مُتَوَلِّدًا مِنْ عَيْنِ الذَّاتِ؛ كَالْوَلَدِ وَالطَّلْعِ وَالصُّوفِ وَاللَّبَنِ وَالْبَيْضِ، وَتَارَةً يَكُونُ مُتَوَلِّدًا مِنْ غَيْرِهَا، وَاسْتُحِقَّ بِسَبَبِ الْعَيْنِ؛ كَالْمَهْرِ وَالْأَرْشِ.

وَالْحُقُوقُ الْمُتَعَلِّقَةُ بِالْأَعْيَانِ ثَلَاثَةٌ: عُقُودٌ وَفُسُوخٌ وَحُقُوقٌ تتعَلَّقُ بِغَيْرِ فَسْخٍ وَلَا عَقْدٍ.

فَأَمَّا الْعُقُودُ فَلَهَا حَالَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنْ تردَّ عَلَى الْأَعْيَانِ بَعْدَ وُجُودِ نَمَائِهَا الْمُنْفَصِلِ، فَلَا يَتْبَعُهَا النَّمَاءُ، وَسَوَاءٌ كَانَ مِنَ الْعَيْنِ أَوْ غَيْرِهَا إِلَّا مَا كَانَ مُتَوَلِّدًا مِنَ الْعَيْنِ فِي حَالِ اتِّصَالِهِ بِهَا وَاسْتِتَارِهِ وَتَعَيُّبِهِ فِيهَا بِأَصْلِ الْخِلْقَةِ، فَإِنَّهُ يَدْخُلُ تَبَعًا؛ كَالْوَلَدِ وَاللَّبَنِ وَالْبَيْضِ وَالطَّلْعِ غَيْرِ الْمُؤَبَّرِ، أَوْ كَانَ مُلَازِمًا لِلْعَيْنِ لَا يُفَارِقُهَا عَادَةً؛ كَالشَّعَرِ وَالصُّوفِ، فَإِنَّهَا تَلْحَقُ بِالْمُتَّصِلِ فِي اسْتِتْبَاعِ الْعَيْنِ.

وَفِي الْمُجَرَّدِ وَالْفُصُولِ وَجْهٌ فِي الرَّهْنِ أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِيهِ صُوفُ الْحَيَوَانِ وَلَبَنُهُ وَلَا وَرَقُ الشَّجَرِ الْمَقْصُود، وَهُوَ بَعِيدٌ.

أَمَّا الْمُنْفَصِلُ الْبَائِنُ فَلَا يَتْبَعُ بِغَيْرِ خِلَافٍ إِلَّا فِي التَّدْبِيرِ، فَإِنَّ فِي اسْتِتْبَاعِ الْأَوْلَادِ فِيهِ رِوَايَتَيْنِ.

وَالحَالَةُ الثَّانِيَة: أَنْ يَحْدُثَ النَّمَاءُ بَعْدَ وُرُودِ الْعَقْدِ عَلَى الْعَيْنِ، فَيَنْقَسِمُ الْعَقْدُ إِلَى تَمَلُّكٍ وَغَيْرِهِ.

وَأَمَّا عُقُودُ التَّمْلِيكَاتِ الْمُنْجَزَةِ: فَمَا وَرَدَ مِنْهَا عَلَى عَيْنٍ، وَالْمَنْفَعَةُ بِعِوَضٍ أَوْ غَيْرِهِ، فَإِنَّهُ يَسْتَلْزِمُ اسْتِتْبَاعَ النَّمَاءِ الْمُنْفَصِلِ مِنَ الْعَيْنِ وَغَيْرِهِ؛ كَالْبَيْعِ وَالْهِبَةِ وَالْعِتْقِ وَعِوَضِهِ وَعِوَضِ الْخُلْعِ وَالْكِتَابَةِ وَالْإِجَارَةِ وَالصَّدَاقِ وَغَيْرِهَا، وَمَا وَرَدَ مِنْهَا عَلَى الْعَيْنِ الْمُجَرَّدَةِ مِنْ غَيْرِ مَنْفَعَةٍ كَالْوَصِيَّةِ بِالرَّقَبَةِ دُونَ الْمَنَافِعِ وَالْمُشْتَرِي لَـهَا مِنْ مُسْتَحِقِّهَا عَلَى الْقَوْلِ بِصِحَّةِ الْمَبِيعِ فَلَا يَتْبَعُ فِيهِ النَّمَاءُ مِنْ غَيْرِ الْعَيْنِ.

وَفِي اسْتِتْبَاعِ الْأَوْلَادِ وَجْهَانِ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْوَلَدَ جُزْءٌ أَوْ كَسْبٌ، وَمَا وَرَدَ فِيهَا عَلَى الْمَنْفَعَةِ الْمُجَرَّدَةِ فَإِنْ عَمَّ الْمَنَافِعَ كَالْوَقْفِ وَالْوَصِيَّةِ بِالْمَنْفَعَةِ تتبعُ فِيهِ النَّمَاء الحَادِث مِنَ الْعَيْنَ وَغَيْرِهَا، إِلَّا الْوَلَدَ فَإِنَّ فِيهِ وَجْهَيْنِ مُصَرَّحًا بِهِمَا فِي الْوَقْفِ وَمُخَرَّجَيْنِ فِي غَيْرِهِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ جُزْءٌ أَوْ كَسْبٌ.

وَفِي أَرْشِ الجِنَايَةِ عَلَى الطَّرَفِ بِالْإِتْلَافِ احْتِمَالَانِ مَذْكُورَانِ فِي التَّرْغِيبِ، هَلْ هُوَ لِلْمُوقَفِ عَلَيْهِ كَالْفَوَائِدِ، أَوْ يُشْتَرَى بِهِ شِقْصٌ يَكُونُ وَقْفًا كَبَدَلِ الجُمْلَةِ؟

فَإِنْ كَانَت الجِنَايَةُ بِغَيْرِ إِتْلَافٍ فَالْأَرْشُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ وَجْهًا وَاحِدًا، وَإِنْ كَانَ الْعَقْدُ عَلَى مَنْفَعَةٍ خَاصَّةٍ لَا تَتَأَبَّدُ كَالْإِجَارَةِ، فَلَا تتبعُ فِيهِ شَيْئًا مِنَ النَّمَاءِ الْمُنْفَصِلِ بِغَيْرِ خِلَافٍ.

وَأَمَّا عُقُودُ غَيْرِ التَّمْلِيكَاتِ الْمُنْجَزَةِ فَنَوْعَانِ:

أَحَدُهُمَا: مَا يَئُولُ إِلَى التَّمْلِيكِ، فَمَا كَانَ مِنْهُ لَازِمًا لَا يَسْتَقِلُّ الْعَاقِدُ أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ بِإِبْطَالِهِ مِنْ غَيْرِ سَبَبٍ، فَإِنَّهُ يُتْبَعُ فِيهِ النَّمَاءُ الْمُنْفَصِلُ مِنَ الْعَيْنِ وَغَيْرِهَا،

وَيَنْدَرِجُ فِي ذَلِكَ صُوَرٌ:

مِنْهَا: المُكَاتَبَةُ، فَيَمْلِكُ اكْتِسَابَهَا، وَيَتْبَعُهَا أَوْلَادُهَا بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ.

وَمِنْهَا: المُكَاتَبُ، يَمْلِكُ اكْتِسَابَهُ، وَيَتْبَعُهُ أَوْلَادُهُ مِنْ أَمَتِهِ، كَمَا يَتْبَعُ الحُرَّ وَلَدُهُ مِنْ أَمَتِهِ، وَلَا يَتْبَعُهُ وَلَدُهُ مِنْ أَمَةٍ لِغَيْرِهِ.

وَمِنْهَا: المُوصَى بِعِتْقِهِ إِذَا كَسَبَ بَعْدَ المَوْتِ، وَقَبْلَ إِعْتَاقِ الْوَرَثَةِ، فَإِنَّ كَسْبَهُ لَهُ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبُ المُحَرَّرِ؛ لِأَنَّ إِعْتَاقَهُ وَاجِبٌ لِحَقِّ اللهِ تَعَالَى، وَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَبُولٍ، فَهُوَ كَالمُعْتَقِ، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ لِمُعَيَّنٍ.

وَقَالَ صَاحِبُ المُغْنِي فِي آخِرِ بَابِ الْعِتْقِ: كَسْبُهُ لِلْوَرَثَةِ؛ كَأُمِّ الْوَلَدِ، وَلَكِنْ يُمْكِنُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ مَمْلُوكَةٌ لِسَيِّدِهَا، وَالمُوصَى بِعِتْقِهِ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لِلْوَرَثَةِ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَمْنَعُ انْتِقَالَهُ إِلَيْهِمْ، وَإِذَا قِيلَ: هُوَ عَلَى مِلْكِ المَيِّتِ فَهُوَ مِلْكٌ تَقْدِيرِيٌّ لَا يَمْنَعُ مِنِ اسْتِحْقَاقِ الْكَسْبِ، فَلَوْ كَانَ أَمَةً فَوَلَدَتْ قَبْلَ الْعِتْقِ وَبَعْدَ المَوْتِ تَبِعَهَا الْوَلَدُ؛ كَأُمِّ الْوَلَدِ، هَذَا هُوَ الظَّاهِرُ، وَقَالَ الْقَاضِي فِي تَعْلِيقِهِ: لَا يَعْتِقُ.

وَمِنْهَا: المُعَلَّقُ عِتْقُهُ بِوَقْتٍ أَوْ صِفَةٍ بَعْدَ المَوْتِ، كَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: إِنْ مِتُّ ثُمَّ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ، أَوْ: أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي بِسَنَةٍ، وَصَحَّحْنَا ذَلِكَ، فَكَسْبُهُ بَيْنَ المَوْتِ وَوُجُودِ شَرْطِ الْعِتْقِ لِلْوَرَثَةِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبُ المُغْنِي؛ كَأُمِّ الْوَلَدِ، بِخِلَافِ المُوصَى بِعِتْقِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَوْجَبَ عِتْقَهُ فِي الحَالِ، وَهَذَا يَتَرَدَّدُ فِي وُجُودِ شَرْطِ عِتْقِهِ، فَإِنَّهُ قَدْ يَجِيءُ الْوَقْتُ المُعَيَّنُ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَلَا تُوجَدُ الصِّفَةُ، حَتَّى ذَكَرَ فِي المُغْنِي فِي مَنْعِ الْوَارِثِ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ قَبْلَ

الصِّفَةِ احْتِمَالَيْنِ، وَصَرَّحَ صَاحِبُ الْمُسْتَوْعِبِ بِأَنَّهُ بَاقٍ عَلَى حُكْمِ مِلْكِ الْمَيِّتِ، لَا يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَرَثَةِ، كَالْمُوصَى بِعِتْقِهِ.

وَعَلَى هَذَا فَيَتَوَجَّهُ أَنَّ كَسْبَهُ لَهُ، وَمَا قِيلَ مِنِ احْتِمَالِ مَوْتِهِ قَبْلَ الصِّفَةِ مُعَارَضٌ بِاحْتِمَالِ مَوْتِ الْمُوصَى بِعِتْقِهِ قَبْلَ الْعِتْقِ، وَأَمَّا إِنْ كَانَتْ أَمَةً وَوَلَدَتْ بَعْدَ الْمَوْتِ فَهُوَ تَابِعٌ لَـهَا؛ كَأُمِّ الْوَلَدِ، صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ، وَهُوَ مُتَوَجِّهٌ، سَوَاءٌ قِيلَ: إِنَّ هَذَا الْعَقْدَ تَدْبِيرٌ؛ كَقَوْلِ ابْنِ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، أَوْ قِيلَ: إِنَّهُ تَعْلِيقٌ؛ كَقَوْلِ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنِ عَقِيلٍ، فَإِنَّهُ تَعْلِيقٌ لَازِمٌ مُسْتَقِرٌّ لَا يُمْكِنُ إِبْطَالُهُ، فَهُوَ كَالْكِتَابَةِ، وَهَذَا يَشْهَدُ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ تَبَعِيَّةِ الْوَلَدِ فِي الَّتِي قَبْلَهَا.

وَمِنْهَا: الْمُوصَى بِوَقْفِهِ إِذَا نَمَا بَعْدَ الْمَوْتِ وَقَبْلَ إِيقَافِهِ، فَأَفْتَى الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أَنَّهُ يُصْرَفُ مُنْصَرَفَ الْوَقْفِ؛ لِأَنَّ نَمَاءَهُ قَبْلَ الْوَقْفِ كَنَمَائِهِ بَعْدَهُ.

وَمِنْهَا: مَا نَقَلَ يَعْقُوبُ بْنُ بختانَ وَإِبْرَاهِيمُ بْنُ هَانِئٍ عَنْ أَحْمَدَ فِيمَنْ جَعَلَ مَالًا فِي وُجُوهِ الْبِرِّ فَاتَّجَرَ بِهِ الْوَصِيُّ، قَالَ: إِنْ رَبِحَ جَعَلَ رِبْحَهُ مَعَ الْمَالِ فِيمَا أَوْصَى بِهِ، وَإِنْ خَسِرَ كَانَ ضَامِنًا، فَهَذَا إِنْ كَانَ مُرَادُهُ إِذَا وَصَّى بِتَفْرِقَةِ عَيْنِ الْمَالِ فَوَاضِحٌ، وَإِنْ كَانَ وَصَّى أَنْ يَشْتَرِيَ فِيمَا يَنْمُو وَيُوقَفَ أَوْ يُتَصَدَّقَ بِنَمَائِهِ كَانَ مُخَالِفًا لِمَا أَفْتَى بِهِ الشَّيْخُ.

وَمِنْهَا: الْمُوصَى بِهِ لِمُعَيَّنٍ يَقِفُ عَلَى قَبُولِهِ إِذَا نَمَا بَعْدَ الْمَوْتِ وَقَبْلَ الْقَبُولِ نَمَاءً مُنْفَصِلًا، فَيَنْبَنِي عَلَى أَنَّ الْمِلْكَ قَبْلَ الْقَبُولِ هَلْ هُوَ لِلْوَارِثِ أَوْ لِلْمَيِّتِ أَوْ لِلْمُوصَى لَهُ، وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ:

فَإِنْ قِيلَ: إِنَّهُ لِلْوَارِثِ فَهُوَ مُخْتَصٌّ بِنَمَائِهِ.

وَإِنْ قِيلَ: هُوَ عَلَى مِلْكِ المَيِّتِ فَنَمَاؤُهُ مِنَ التَّرِكَةِ.

وَإِنْ قِيلَ: إِنَّهُ لِلْمُوصَى لَهُ؛ بِمَعْنَى أَنَّا نَتَبَيَّنُ بِقَبُولِهِ مِلْكَهُ بِالمَوْتِ أَوْ قِيلَ: إِنَّهُ لَا يَتَوَقَّفُ مِلْكُهُ عَلَى قَبُولٍ فَنَمَاؤُهُ كُلُّهُ لِلْمُوصَى لَهُ.

وَمِنْهَا: النَّذْرُ وَالصَّدَقَةُ وَالْوَقْفُ إِذَا لَزِمَتْ فِي عَيْنٍ، لَمْ يَجُزْ لِمَنْ أَخْرَجَهَا عَنْ مِلْكِهِ أَنَّهُ يَشْتَرِي شَيْئًا مِنْ نِتَاجِهَا، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الصَّدَقَةِ وَالْوَقْفِ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ.

وَلَوِ اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ، ثُمَّ بَانَ بِهِ عَيْبٌ فَأَخَذَ أَرْشَهُ، فَهَلْ يَمْلِكُ لِنَفْسِهِ أَوْ يَجِبُ عَلَيْهِ صَرْفُهُ فِي الرِّقَابِ؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَخَصَّ الْقَاضِي الرِّوَايَتَيْنِ بِالْعِتْقِ عَنِ الْوَاجِبِ إِذَا كَانَ الْعَيْبُ يَمْنَعُ الْإِجْزَاءَ، إِلحَاقًا لِلْأَرْشِ بِالْوَلَاءِ.

وَلَوِ اشْتَرَى شَاةً فَأَوْجَبَهَا أُضْحِيَّةً، ثُمَّ أَصَابَ بِهَا عَيْبًا، فَأَخَذَ أَرْشَهُ اشْتَرَى بِهِ أُضْحِيَّةً، فَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ تَصَدَّقَ بِهِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي، وَفَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعِتْقِ بِأَنَّ الْقَصْدَ مِنَ الْعِتْقِ تَكْمِيلُ أَحْكَامِ الْعَبْدِ، وَقَدْ حَصَلَ، وَالْقَصْدَ مِنَ الْأُضْحِيَّةِ إِيصَالُ لَحْمِهَا إِلَى المَسَاكِينِ، فَإِذَا كَانَ فِيهِ عَيْبٌ دَخَلَ الضَّرَرُ عَلَيْهِمْ، فَوَجَبَ أَرْشُهُ عَلَيْهِمْ جَبْرًا وَتَكْمِيلًا لِحَقِّهِمْ.

وَفِي الْكَافِي احْتِمَالٌ آخَرُ أَنَّ الْأَرْشَ لَهُ كَمَا فِي الْعِتْقِ.

وَأَمَّا الْهَدْيُ وَالْأَضَاحِيُّ إِذَا تَعَيَّنَ فَإِنْ قِيلَ: إِنَّ مِلْكَهُ لَا يَزُولُ بِالتَّعْيِينِ كَقَوْلِ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ فَهُوَ مِنْ هَذَا النَّوْعِ، وَإِنْ جَازَ إِبْدَالُهُ؛ لِأَنَّ إِبْدَالَهُ نَقْلٌ لِلْحَقِّ،

لَا إِسْقَاطٌ لَهُ كَالْوَقْفِ، وَيَتْبَعُهُ نَمَاؤُهُ مِنْهُ كَالْوَلَدِ، فَإِذَا وَلَدَتِ الْأُضْحِيَّةُ ذَبَحَ مَعَهَا وَلَدَهَا، وَهَلْ يَكُونُ أُضْحِيَّةً بِطَرِيقِ التَّبَعِ أَمْ لَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: هُوَ أُضْحِيَّةٌ، قَالَهُ فِي الْمُغْنِي، فَيَجُوزُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ كَأُمِّهِ.

وَالثَّانِي: لَيْسَ بِأُضْحِيَّةٍ، قَالَهُ ابْنُ عَقِيلٍ، قَالَ: وَإِنْ تَصَدَّقَ بِهِ صَحِيحًا، فَهَلْ يُجْزِئُ؟

فِيهِ احْتِمَالَانِ؛ لِتَرَدُّدِهِ بَيْنَ الصَّدَقَةِ الْمُطْلَقَةِ وَبَيْنَ أَنْ يَحْذُوَ بِهِ حَذْوَ الْأُمِّ، وَالْأَشْبَهُ بِكَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُ أُضْحِيَّةٌ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مشيشٍ: يَذْبَحُهَا وَوَلَدَهَا عَنْ سَبْعَةٍ، وَقَالَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ: يَبْدَأُ بِأَيِّهِمَا شَاءَ فِي الذَّبْحِ، وَأَنْكَرَ قَوْلَ مَنْ قَالَ: لَا يَبْدَأُ إِلَّا بِالْأُمِّ.

وَعَلَى هَذَا فَهَلْ يَصِيرُ الْوَلَدُ تَابِعًا لِأُمِّهِ أَوْ مُسْتَقِلًّا بِنَفْسِهِ، حَتَّى لَوْ بَاعَ أُمَّهُ أَوْ عَابَتْ، وَقُلْنَا: يُرَدُّ إِلَى مِلْكِهِ، فَهَلْ يَرْجِعُ وَلَدُهَا مَعَهَا؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، ذَكَرَهُمَا فِي الْمُغْنِي، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يُعَيِّنَ ابْتِدَاءً أَوْ عَنْ وَاجِبٍ فِي الذِّمَّةِ عَلَى صَحِيحٍ.

وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ: أَنَّ الْمُعَيَّنَةَ عَمَّا فِي الذِّمَّةِ لَا يَتْبَعُهَا وَلَدُهَا؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ فِي الذِّمَّةِ وَاحِدٌ، وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ؛ لِأَنَّهَا بِالتَّعْيِينِ صَارَتْ كَالْمُعَيَّنَةِ ابْتِدَاءً، وَأَمَّا اللَّبَنُ فَيَجُوزُ شُرْبُهُ مَا لَمْ يُعْجِفْهَا؛ لِلنَّصِّ، وَلِأَنَّ الْأَكْلَ مِنْ لَحْمِهَا جَائِزٌ، فَيَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بِغَيْرِهِ مِنْ مَنَافِعِهَا وَمِنْ دَرِّهَا وَظَهْرِهَا، فَأَمَّا الصُّوفُ فَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى كَرَاهَةِ جَزِّهِ إِلَّا أَنْ يَطُولَ وَيَكُونَ جَزُّهُ نَفْعًا لَهَا.

قَالَ الْأَصْحَابُ: وَيَتَصَدَّقُ بِهِ، وَفَرَّقُوا بَيْنَ الصُّوفِ وَاللَّبَنِ بِأَنَّ الصُّوفَ كَانَ مَوْجُودًا حَالَ إِيجَابِهَا، فَوَرَدَ الْإِيجَابُ عَلَيْهِ وَاللَّبَنُ يَتَجَدَّدُ شَيْئًا بَعْدَ شَيْءٍ، فَهُوَ كَمَنْفَعَةِ ظَهْرِهَا.

وَقَالَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ: وَيُسْتَحَبُّ لَهُ الصَّدَقَةُ بِالشَّعَرِ، وَلَهُ الِانْتِفَاعُ بِهِ، وَذَكَرَ ابْنُ الزَّاغُونِيِّ أَنَّ اللَّبَنَ وَالصُّوفَ لَا يَدْخُلَانِ فِي الْإِيجَابِ وَلَهُ الِانْتِفَاعُ بِهِمَا إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِالْهَدْيِ، وَكَذَلِكَ قَالَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ فِي اللَّبَنِ.

وَلَوْ فَقَأَ رَجُلٌ عَيْنَ الْهَدْيِ الْمُعَيَّنِ ابْتِدَاءً أُخِذَ مِنْهُ أَرْشُهُ وَتُصُدِّقَ بِهِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَإِنْ قِيلَ بِزَوَالِ مِلْكِهِ بِالتَّعْيِينِ كَقَوْلِ أَبِي الْخَطَّابِ فَهُوَ مِنْ قِسْمِ التَّمْلِيكَاتِ الْمُنْجَزَةِ؛ كَالْعِتْقِ وَالْوَقْفِ، وَإِنْ جَازَ الِانْتِفَاعُ بِبَعْضِ مَنَافِعِهِ كَمَنْ وَقَفَ مَسْجِدًا فَإِنَّهُ يَنْتَفِعُ بِهِ مَعَ جُمْلَةِ الْمُسْلِمِينَ.

وَأَمَّا مَا كَانَ مِنْهَا غَيْرَ لَازِمٍ، وَهُوَ مَا يَمْلِكُ الْعَاقِدُ إِبْطَالَهُ؛ إِمَّا بِالْقَوْلِ، أَوْ تمنعُ نُفُوذ الحَقِّ الْمُتَعَلِّقِ بِهِ بِإِزَالَةِ الْمِلْكِ مِنْ غَيْرِ وُجُوبِ إِبْدَالٍ، فَلَا يَتْبَعُ فِيهِ النَّمَاءُ مِنْ غَيْرِ عَيْنِهِ.

وَفِي اسْتِتْبَاعِ الْوَلَدِ خِلَافٌ، وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ ذَلِكَ صُوَرٌ:

مِنْهَا: الْمُدَبَّرَةُ فَإِنَّهُ يَتبعُهَا وَلَدُهَا عَلَى الْمَذْهَبِ الْمَشْهُورِ، وَعَنْهُ رِوَايَةٌ أُخْرَى: لَا يَتْبَعُهَا، وَزَعَمَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ أَنَّ هَذَا الْخِلَافَ نَزَلَ عَلَى أَنَّ التَّدْبِيرَ هَلْ هُوَ لَازِمٌ أَمْ لَا؟

فَإِنْ قِيلَ بِلُزُومِهِ تبعَ الْوَلَدُ، وَإِلَّا لَمْ يَتْبَعْ، وَأَبَى أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ذَلِكَ.

وَعَلَى الْقَوْلِ بِالتَّبَعِيَّةِ قَالَ الْأَكْثَرُونَ: يَكُونُ مُدَبَّرًا بِنَفْسِهِ لَا بِطَرِيقِ التَّبَعِ، بِخِلَافِ وَلَدِ الْمُكَاتَبَةِ، وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ عَلَى أَنَّ الْأُمَّ لَوْ عَتَقَتْ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ لَمْ يَعْتِقِ الْوَلَدُ حَتَّى يَمُوتَ، وَعَلَى هَذَا لَوْ رَجَعَ فِي تَدْبِيرِ الْأُمِّ وَقُلْنَا لَهُ ذَلِكَ بَقِيَ الْوَلَدُ مُدَبَّرًا، هَذَا قَوْلُ الْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ.

وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ: بَلْ هُوَ تَابِعٌ مَحْضٌ لَهَا، إِنْ عَتَقَتْ عَتَقَ، وَإِنْ رَقَّتْ رَقَّ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ ابْنِ أَبِي مُوسَى أَيْضًا.

وَمِنْهَا: الْمُعَلَّقُ عِتْقُهَا بِصِفَةٍ إِذَا حَمَلَتْ وَوَلَدَتْ بَيْنَ التَّعْلِيقِ وَوُجُودِ الصِّفَةِ، فَفِي عِتْقِهِ مَعَهَا وَجْهَانِ مَعْرُوفَانِ، وَلَوْ لَمْ تُوجَدِ الصِّفَةُ فِي الْأُمِّ لَمْ يُعْتَقْ، وَلَوْ وُجِدَتْ فِيهِ الصِّفَةُ؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ مَحْضٌ.

وَمِنْهَا: الْمُوصَى بِعِتْقِهَا أَوْ وَقْفِهَا إِذَا وَلَدَتْ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصَى لَمْ يَتْبَعْهَا، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْمُوصَى بِعِتْقِهَا، وَقِيَاسُهُ الْأُخْرَى، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتْبَعَ فِي الْوَصِيَّةِ بِالْوَقْفِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمُغَلَّبَ فِيهِ شَوْبُ التَّحْرِيرِ دُونَ التَّمْلِيكِ.

وَمِنْهَا: الْمُعَلَّقُ وَقْفُهَا بِالْمَوْتِ إِنْ قُلْنَا: هُوَ لَازِمٌ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ مِنْ رِوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ، صَارَتْ كَالْمُسْتَوْلَدَةِ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَتْبَعَهَا وَلَدُهَا، وَإِنْ قُلْنَا: لَيْسَ بِلَازِمٍ، وَكَلَامُ أَحْمَدَ فِي آخِرِ رِوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ يُشْعِرُ بِهِ، حَيْثُ قَالَ: إِنْ كَانَ تَنَاوَلَ، وَشَبَّهَهُ بِالْمُدَبَّرِ، يَعْنِي أَنَّهُ يَتْبَعُهُ، فَهَلْ يَتْبَعُهَا الْوَلَدُ كَالْمُدَبَّرِ أَوْ لَا يَتْبَعُ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ تُغَلَّبُ فِيهِ شَائِبَةُ التَّمْلِيكِ، فَهُوَ كَالْمُوصَى بِهِ، وَيَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ.

النَّوْعُ الثَّانِي: عُقُودٌ مَوْضُوعَةٌ لِغَيْرِ تَمْلِيكِ الْعَيْنِ، فَلَا يُمْلَكُ بِهَا النَّمَاءُ بِغَيْرِ إِشْكَالٍ؛ إِذِ الْأَصْلُ لَا يُمْلَكُ، فَالْفَرْعُ أَوْلَى، وَلَكِنْ هَلْ يَكُونُ النَّمَاءُ تَابِعًا لِأَصْلِهِ

فِي وُرُودِ الْعَقْدِ عَلَيْهِ وَفِي كَوْنِهِ مَضْمُونًا أَمْ غَيْرَ مَضْمُونٍ؟

فَإِنْ كَانَ الْعَقْدُ وَارِدًا عَلَى الْعَيْنِ، وَهُوَ لَازِمٌ، فَحُكْمُ النَّمَاءِ حُكْمُ الْأَصْلِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ لَازِمٍ أَوْ لَازِمًا لَكِنَّهُ مَعْقُودٌ عَلَى الْمَنْفَعَةِ مِنْ غَيْرِ تَأْبِيدٍ أَوْ عَلَى مَا فِي الذِّمَّةِ فَلَا يَكُونُ النَّمَاءُ دَاخِلًا فِي الْعَقْدِ، وَهَلْ يَكُونُ تَابِعًا لِلْأَصْلِ فِي الضَّمَانِ وَعَدَمِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ تَابِعٌ لَهُ فِيهِمَا.

وَالثَّانِي: إِنْ شَارَكَ الْأَصْلَ فِي الْمَعْنَى الَّذِي أَوْجَبَ الضَّمَانَ أَوْ الِائْتِمَانَ تَبِعَهُ، وَإِلَّا فَلَا، وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ ذَلِكَ صُوَرٌ:

مِنْهَا: الْمَرْهُونُ، فَنَمَاؤُهُ الْمُنْفَصِلُ كُلُّهُ رَهْنٌ مَعَهُ، سَوَاءٌ كَانَ مُتَوَلِّدًا مِنْ عَيْنِهِ كَالثَّمَرَةِ وَالْوَلَدِ، أَوْ مِنْ كَسْبِهِ كَالْأُجْرَةِ، أَوْ بَدَلًا عَنْهُ كَالْأَرْشِ، وَهُوَ دَاخِلٌ مَعَهُ فِي عَقْدِ الرَّهْنِ، فَيَمْلِكُ الْوَكِيلُ فِي بَيْعِ الرَّهْنِ بَيْعَهُ مَعَهُ، وَإِنْ كَانَ حَادِثًا بَعْدَ الْعَقْدِ وَالتَّوْكِيلِ.

وَمِنْهَا: الْأَجِيرُ، كَالرَّاعِي وَغَيْرِهِ، فَيَكُونُ النَّمَاءُ فِي يَدِهِ أَمَانَةً كَأَصْلِهِ، وَلَا يَلْزَمُهُ رَعْيُ سِخَالِ الْغَنَمِ الْمُعَيَّنَةِ فِي عَقْدِ الرَّعْيِ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ دَاخِلَةٍ فِيهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الِاسْتِئْجَارُ عَلَى رَعْيِ غَيْرِ مُعَيَّنَةٍ، فَإِنَّ عَلَيْهِ رَعْيَ سِخَالِهَا؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ أَنْ يَرْعَى مَا جَرَى الْعُرْفُ بِهِ مَعَ الْإِطْلَاقِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ.

وَمِنْهَا: الْمُسْتَأْجِرُ يَكُونُ النَّمَاءُ فِي يَدِهِ أَمَانَةً كَأَصْلِهِ، وَلَيْسَ لَهُ الِانْتِفَاعُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ دَاخِلٍ فِي الْعَقْدِ، وَهَلْ لَهُ إِمْسَاكُهُ بِغَيْرِ اسْتِئْذَانِ مَالِكِهِ تَبَعًا لِأَصْلِهِ، جَعْلًا لِلْإِذْنِ فِي إِمْسَاكِ أَصْلِهِ إِذْنًا فِي إِمْسَاكِ نَمَائِهِ، أَمْ لَا؟ كَمَنْ أَطَارَتِ الرِّيحُ إِلَى

دَارِهِ ثَوْبَ غَيْرِهِ. خَرَّجَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ عَلَى وَجْهَيْنِ:

وَمِنْهَا: الْوَدِيعَةُ، هَلْ يَكُونُ نَمَاؤُهَا وَدِيعَةً وَأَمَانَةً مَحْضَةً، كَالثَّوْبِ الْمُطَارِ إِلَى دَارِهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ أَيْضًا.

وَمِنْهَا: الْعَارِيَّةُ لَا يُرَدُّ عَقْدُ الْإِعَارَةِ عَلَى وَلَدِهَا، فَلَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ الِانْتِفَاعُ بِهِ، وَهَلْ هُوَ مَضْمُونٌ كَأَصْلِهِ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي بَابِ الرَّهْنِ:

أَحَدُهُمَا: هُوَ مَضْمُونٌ؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ لِأَصْلِهِ.

وَالثَّانِي: لَيْسَ بِمَضْمُونٍ؛ لِأَنَّ أَصْلَهُ إِنَّمَا ضُمِنَ لِإِمْسَاكِهِ لِلِانْتِفَاعِ بِهِ فِي بَابِ الرَّهْنِ وَالنَّمَاءُ، مَمْسُوكٌ لِحِفْظِهِ عَلَى الْمَالِكِ، فَيَكُونُ أَمَانَةً، وَقَالَا فِي كِتَابِ الْغَصْبِ: إِنَّ فِي وَلَدِ الْعَارِيَّةِ وَجْهًا وَاحِدًا.

وَمِنْهَا: الْمَقْبُوضَةُ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ إِذَا وَلَدَتْ فِي يَدِ الْقَابِضِ، قَالَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ: حُكْمُهُ حُكْمُ أَصْلِهِ، إِنْ قُلْنَا: هُوَ مَضْمُونٌ فَالْوَلَدُ مَضْمُونٌ، وَإِلَّا فَلَا يُمْكِنُ أَنْ يُخَرَّجَ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَضْمُونٍ كَوَلَدِ الْعَارِيَّةِ؛ لِأَنَّ أُمَّهُ إِنَّمَا ضَمِنَتْ لِقَبْضِهَا بِسَبَبِ الضَّمَانِ وَالتَّمْلِيكِ وَالْوَلَدِ، وَلَمْ يَحْصُلْ قَبْضُهُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ، فَهُوَ كَالثَّوْبِ الْمُطَارِ بِالرِّيحِ إِلَى مِلْكِهِ.

وَمِنْهَا: الْمَقْبُوضُ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ، وَفِي ضَمَانِ زِيَادَتِهِ وَجْهَانِ، وَوَجَّهَ الْقَاضِي سُقُوطَ الضَّمَانِ بِأَنَّهُ إِنَّمَا دَخَلَ عَلَى ضَمَانِ الْعَيْنِ دُونَ نَمَائِهَا، وَهُوَ مُنْتَقَضٌ بِتَضْمِينِهِ الْأُجْرَةَ.

وَمِنْهَا: الشَّاهِـدَةُ وَالضَّامِنَةُ وَالْكَفِيلَـةُ لَا يَتعَلَّقُ بِأَوْلَادِهِـنَّ شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ الْأَحْكَامِ؛ لِأَنَّ هَذِهِ حُقُوقٌ مُتَعَلِّقَةٌ بِالذِّمَّةِ، لَا بِالْعَيْنِ، فَهِيَ كَسَائِرِ عُقُودِ الْمُدَايَنَاتِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ، وَاخْتَارَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ أَنَّ وَلَدَ الضَّامِنَةِ يَتْبَعُهَا وَيُبَاعُ مَعَهَا كَوَلَدِ الْمَرْهُونَةِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ دَيْنَ الْمَأْذُونِ لَهُ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ، وَضَعَّفَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي نَظَرِيَّاتِهِ؛ لِأَنَّ التَّعَلُّقَ بِالرَّقَبَةِ هُنَا كَتَعَلُّقِ الجِنَايَةِ، فَلَا يَسْرِي.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِمَّا اشْتَرَاهُ فُلَانٌ، فَأَكَلَ مِنْ لَبَنِهِ أَوْ بَيْضِهِ، لَمْ يَحْنَثْ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، فَإِنَّ الْيَمِينَ لَيْسَتْ لَازِمَةً، بَلْ يُخَيَّرُ الحَالِفُ بَيْنَ الْتِزَامِهَا وَبَيْنَ الحِنْثِ فِيهَا وَتَكْفِيرِهَا، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذِهِ الشَّاةِ فَإِنَّهُ يَحْنَثُ بِأَكْلِ لَبَنِهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْكَلُ مِنْهَا فِي الحَيَاةِ عَادَةً إِلَّا اللَّبَنُ، فَأَمَّا نِتَاجُهَا فَفِيهِ نَظَرٌ.



فَصْلٌ:

هَذَا حُكْمُ النَّمَاءِ فِي الْعُقُودِ، وَأَمَّا فِي الْفُسُوخِ فَلَا تتبعُ فِيهَا النَّمَاء الحَاصِل مِنَ الْكَسْبِ بِغَيْرِ خِلَافٍ.

وَأَمَّا الْمُتَوَلِّدُ مِنَ الْعَيْنِ فَفِي تَبَعِيَّتِهِ فِيهَا رِوَايَتَانِ فِي الْجُمْلَةِ تَرْجِعَانِ إِلَى أَنَّ الْفَسْخَ هَلْ هُوَ رَفْعٌ لِلْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ أَوْ مِنْ حِينِهِ؟ وَالْأَصَحُّ عَدَمُ الِاسْتِتْبَاعِ، وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ ذَلِكَ صُوَرٌ:

مِنْهَا: إِذَا عَجَّلَ الزَّكَاةَ ثُمَّ هَلَكَ الْمَالُ، وَقُلْنَا: لَهُ الرُّجُوعُ بِهَا، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِهَا، وَهَلْ يَرْجِعُ بِزِيَادَتِهَا الْمُتَّصِلَةِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَظْهَرُهُمَا: لَا يَرْجِعُ.

وَالثَّانِي: يَرْجِعُ، وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَمِنْهَا: الْمَبِيعُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ إِذَا نَمَا نَمَاءً مُنْفَصِلًا، ثُمَّ فُسِخَ الْبَيْعُ، هَلْ يَرْجِعُ الْبَائِعُ أَمْ لَا؟

خَرَّجَهُ طَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ كَصَاحِبَي التَّلْخِيصِ وَالْمُسْتَوْعِبِ عَلَى وَجْهَيْنِ كَالْفَسْخِ بِالْعَيْبِ، وَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي عُمَدِهِ أَنَّ الْفَسْخَ بِالْخِيَارِ فَسْخٌ لِلْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ فِيهِ بِلُزُومِ الْبَيْعِ، بِخِلَافِ الْفَسْخِ بِالْعَيْبِ وَنَحْوِهِ، فَعَلَى هَذَا يَرْجِعُ بِالنَّمَاءِ الْمُنْفَصِلِ فِي الْخِيَارِ، بِخِلَافِ الْعَيْبِ.

وَمِنْهَا: الْإِقَالَةُ إِذَا قُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ فَالنَّمَاءُ لِلْمُشْتَرِي، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَيَتَخَرَّجُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يَرُدُّهُ مَعَ أَصْلِهِ، حَكَاهُ أَبُو الْبَرَكَاتِ فِي تَعْلِيقِهِ عَنِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ أَيْضًا.

وَمِنْهَا: الرَّدُّ بِالْعَيْبِ، وَفِي رَدِّ النَّمَاءِ فِيهِ رِوَايَتَانِ، أَشْهَرُهُمَا أَنَّهُ لَا يُرَدُّ كَالْكَسْبِ.

وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ كَلَامًا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ اللَّبَنَ وَحْدَهُ يُرَدُّ عِوَضُهُ؛ لِحَدِيثِ الْمُصَرَّاةِ[1]، وَنَقَلَ عَنْهُ ابْنُ مَنْصُورٍ أَيْضًا أَنَّهُ ذَكَرَ لَهُ قَوْلَ سُفْيَانَ فِي رَجُلٍ بَاعَ مَاشِيَةً أَوْ شَاةً فَوَلَدَتْ، أَوْ نَخْلًا لَهَا ثَمَرَةٌ فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا أَوِ اسْتَحَقَّ؛ أُخِذَ مِنْهُ قِيمَةُ الثَّمَرَةِ وَقِيمَةُ الْوَلَدِ إِنْ كَانَ أَحْدَثَ فِيهِمْ شَيْئًا، أَوْ كَانَ بَاعَ أَوِ اسْتَهْلَكَ، فَإِنْ كَانَ مَاتَ أَوْ ذَهَبَ بِهِ الرِّيحُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ، قَالَ أَحْمَدُ: كَمَا قَالَ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ النَّمَاءَ الْمُنْفَصِلَ يَرُدُّهُ مَعَ وُجُودِهِ، وَيَرُدُّ عِوَضَهُ مَعَ تَلَفِهِ إِنْ كَانَ تَلِفَ بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي، وَإِنْ كَانَ تَلِفَ بِفِعْلِ اللهِ تَعَالَى لَمْ يَضْمَنْ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ لَمْ يَدْخُلْ عَلَى ضَمَانِهِ، فَيَكُونُ كَالْأَمَانَةِ عِنْدَهُ، وَأَمَّا إِذَا مَا انْتَفَعَ بِهِ فَإِنَّهُ يَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ، فَيَرُدُّ عِوَضَهُ كَمَا دَلَّ عَلَيْهِ حَدِيثُ الْمُصَرَّاةِ، وَكَمَا نَقُولُ فِي الْمُتَّهَبِ مِنَ الْغَاصِبِ أَنَّهُ إِذَا انْتَفَعَ بِالْمَوْهُوبِ فَأَتْلَفَهُ اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ.

وَحَمَلَ الْقَاضِي هَذِهِ الرِّوَايَةَ عَلَى أَنَّ الْبَائِعَ كَانَ قَدْ دَلَّسَ الْعَيْبَ، وَإِنْ كَانَ النَّمَاءُ مَوْجُودًا حَالَ الْعَقْدِ، وَلَكِنَّ الْمَنْصُوصَ عَنْ أَحْمَدَ فِي الْمُدَلِّسِ أَنَّهُ يَرْجِعُ بِالثَّمَنِ، وَإِنْ تَلِفَ الْمَبِيعُ، إِلَّا أَنَّ نَصَّهُ فِي صُورَةِ الْإِبَاقِ، وَهُوَ تَلَفٌ بِغَيْرِ فِعْلِ الْمُشْتَرِي،

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب البيوع، باب إن شاء رد المصراة وفي حلبتها صاع من تمر، رقم (٢١٥١)، ومسلم: كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة، رقم (١٥٢٤). والمصراة: التي صُرِّي لبنُها وحُقِن فيه وجُمع، فلم يُحلَب أيامًا، وأصل التصرية حبس الماء، يقال منه: صرَّيتُ الماء إذا حبستَه.

وَأَطْلَقَ الْأَكْثَرُونَ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ بَيْنَ أَنْ يَتْلَفَ بِفِعْلِهِ أَوْ بِفِعْلِ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ سَلَّطَهُ عَلَى إِتْلَافِهِ بِتَغْرِيرِهِ، فَلَا يَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ الضَّمَانُ، كَمَا يَرْجِعُ الْمَغْرُورُ فِي النِّكَاحِ بِالْمَهْرِ.

وَحَكَى طَائِفَةٌ مِن الْمُتَأَخِّرِينَ رِوَايَةً أُخْرَى أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ مَعَ التَّلَفِ، بَلْ يَأْخُذُ الْأَرْشَ، وَرَجَّحَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ وَصَاحِبُ الْمُغْنِي، وَهَذَا تَفْصِيلٌ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ التَّلَفُ بِانْتِفَاعِهِ أَوْ بِفِعْلِ اللهِ تَعَالَى، كَمَا حَمَلَ الْقَاضِي عَلَيْهِ رِوَايَة ابْنِ مَنْصُورٍ أَصَحّ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَبِي بَكْرٍ، وَبِذَلِكَ أَجَابَ عَنْ حَدِيثِ الْمُصَرَّاةِ، وَكَذَلِكَ أَجَابَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ مِثْلُ ذَلِكَ فِي النَّمَاءِ الْحَادِثِ إِذَا رُدَّ بِعَيْبٍ عَلَى الْقَوْلِ بِرَدِّهِ، كَمَا حَمَلْنَا عَلَيْهِ رِوَايَةَ ابْنِ مَنْصُورٍ أَوَّلًا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَمِنْهَا: فَسْخُ الْبَائِعِ لِإِفْلَاسِ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ، هَلْ يَتْبَعُهُ النَّمَاءُ الْمُنْفَصِلُ؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: يَتْبَعُ، وَهِيَ الْمُرَجَّحَةُ عِنْدَ الْقَاضِي فِي الْخِلَافِ وَابْنِ عَقِيلٍ، وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ فِيمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً أَوْ دَابَّةً فَوَلَدَتْ ثُمَّ أَفْلَسَ الْمُشْتَرِي رَجَعَتْ إِلَى الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهَا مَالُ الْبَائِعِ، وَقَد اسْتَحَقَّهَا وَوَلَدَهَا، وَهَكَذَا ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ، وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ لَفْظَ هَذِهِ الرِّوَايَةِ؛ أَنَّ أَحْمَدَ ذَكَرَ لَهُ قَوْلَ مَالِكٍ فِيمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً أَوْ دَابَّةً فَوَلَدَتْ، ثُمَّ أَفْلَسَ الْمُشْتَرِي، أَنَّ الْجَارِيَةَ وَالدَّابَّةَ وَوَلَدَهَا لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَرْغَبَ الْغُرَمَاءُ فِي ذَلِكَ فَيُعْطُوهُ حَقَّهُ كَامِلًا وَيُمْسِكُونَ ذَلِكَ، فَقَالَ أَحْمَدُ: تَرْجِعُ إِلَى الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهَا مَالُهُ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى غَيْرِ

الرُّجُوعِ فِي الجَارِيَةِ أَوِ الدَّابَّةِ، وَإِنَّمَا الْقَائِلُ بِالرُّجُوعِ فِي الْوَلَدِ مَالِكٌ، وَلَيْسَ فِي كَلَامِ أَحْمَدَ مُوَافَقَةٌ لَهُ.

وَأَبُو بَكْرٍ كَثِيرًا مَا يَنْقُلُ كَلَامَ أَحْمَدَ بِالمَعْنَى الَّذِي يَفْهَمُهُ مِنْهُ، فَيَقَعُ فِيهِ تَغْيِيرٌ شَدِيدٌ، وَوَقَعَ لَهُ مِثْلُ هَذَا فِي كِتَابِ (زَادِ المُسَافِرِ) كَثِيرًا، مَعَ أَنَّ ابْنَ أَبِي مُوسَى وَغَيْرَهُ تَأَوَّلُوا الرُّجُوعَ بِالْوَلَدِ عَلَى أَنَّهُ كَانَ مَوْجُودًا فِي عَقْدِ الْبَيْعِ حَمْلًا، وَاخْتَارَ هُوَ وَابْنُ حَامِدٍ أَنَّهَا لِلْمُفْلِسِ؛ لِأَنَّهَا نَمَتْ فِي مِلْكِهِ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الخِرَقِيِّ، وَكَذَلِكَ صَحَّحَهُ الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ.

وَمِنْهَا: اللُّقَطَةُ إِذَا جَاءَ مَالِكُهَا وَقَدْ نَمَتْ نَمَاءً مُنْفَصِلًا، فَهَلْ يَسْتَرِدُّهُ مَعَهَا؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، خَرَّجَهُمَا الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ مِنَ المُفْلِسِ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا صَاحِبُ المُغْنِي، وَيَحْتَمِلُ الرُّجُوعُ هُنَا بِالزِّيَادَةِ المُنْفَصِلَةِ وَجْهًا وَاحِدًا؛ لِأَنَّ تَمَلُّكَهَا إِنَّمَا كَانَ مُسْتَنِدًا إِلَى فَقْدِ رَبِّهَا فِي الظَّاهِرِ، وَقَدْ تَبَيَّنَ خِلَافُهُ، فَانْفَسَخَ المِلْكُ مِنْ أَصْلِهِ؛ لِظُهُورِ الخَطَأِ فِي مُسْتَنَدِهِ، وَوَجَبَ الرُّجُوعُ بِمَا وَجَدَهُ مِنْهَا قَائِمًا، وَهَذَا هُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى، وَذَكَرَ أَصْلًا مِنْ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي طَيْرَةٍ فَرَّخَتْ عِنْدَ قَوْمٍ أَنَّهُمْ يَرُدُّونَ فِرَاخَهَا.

وَمِنْهَا: رُجُوعُ الْأَبِ فِيمَا وَهَبَهُ لِوَلَدِهِ إِذَا كَانَ قَدْ نَمَا نَمَاءً مُنْفَصِلًا، هَلْ يَسْتَرِدُّهُ مَعَهُ أَمْ لَا؟ وَفِيهِ وَجْهَانِ.

وَمِنْهَا: إِذَا وَهَبَ المَرِيضُ جَمِيعَ مَالِهِ فِي مَرَضِهِ، وَنَمَا نَمَاءً مُنْفَصِلًا وَمَاتَ وَلَمْ يُجِزِ الْوَرَثَةُ، فَذَكَرَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ أَنَّ المَوْهُوبَ لَهُ يَمْلِكُهُ بِالْقَبْضِ، وَجَازَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ إِجْمَاعًا، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ لِلْوَرَثَةِ حَقُّ الْفَسْخِ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ، وَإِذَا جَازَ

وَأُسْقِطَ حَقُّهُمْ مِنَ الْفَسْخِ فَعَلَى هَذَا يَتَخَرَّجُ فِي اسْتِرْجَاعِ النَّمَاءِ وَجْهَانِ، أَظْهَرُهُمَا أَنَّ النَّمَاءَ لِلْمُتَّهَبِ إِلَى حِينِ الْفَسْخِ، نَبَّهَ عَلَى هَذَا الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ، وَالْمَعْرُوفُ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّ الْهِبَةَ تَقَعُ مُرَاعَاةً، فَلَا يَتَبَيَّنُ مِلْكُهَا إِلَّا حِينَ خُرُوجِهَا مِنَ الثُّلُثِ عِنْدَ الْمَوْتِ، وَإِنْ خَرَجَ بَعْضُهَا فَلَهُ مِنْهَا مِقْدَارُ الثُّلُثِ، وَيَتْبَعُهُ نَمَاؤُهُ وَالزَّائِدُ مَبْنِيٌّ عَلَى الْخِلَافِ فِي الْإِجَازَةِ؛ هَلْ هِيَ تَنْفِيذٌ أَوْ هِيَ عَطِيَّةٌ مُبْتَدَأَةٌ.

وَمِنْهَا: إِذَا عَادَ الصَّدَاقُ أَوْ نِصْفُهُ إِلَى الزَّوْجِ قَبْلَ الدُّخُولِ بِطَلَاقٍ أَوْ فَسْخٍ، وَقَدْ نَمَا عِنْدَ الزَّوْجَةِ نَمَاءً مُنْفَصِلًا، فَهَلْ يَرْجِعُ بِنَمَائِهِ أَوْ نِصْفِهِ؟

الْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ بِهِ، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُد وَصَالِحٍ، نَقَلَ عَنْهُ ابْنُ مَنْصُورٍ أَنَّهُ ذَكَرَ لَهُ قَوْلَ سُفْيَانَ فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى خَادِمَةٍ، ثُمَّ زَوَّجَهَا غُلَامًا فَوَلَدَتْ أَوْلَادًا، فَطَلَّقَ امْرَأَتَهُ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، فَلَهَا نِصْفُ قِيمَتِهَا وَقِيمَةِ وَلَدِهَا، قَالَ أَحْمَدُ: جَيِّدٌ، وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي مَعْنَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ عَلَى طَرِيقَيْنِ:

أَحَدُهُمَا، وَهُوَ مَسْلَكُ الْقَاضِي: أَنَّهَا تَدُلُّ عَلَى أَنَّ الزَّوْجَةَ إِنَّمَا مَلَكَتْ بِالْعَقْدِ نِصْفَ الصَّدَاقِ، فَيَكُونُ لَهَا نِصْفُ نَمَائِهِ، وَجَعَلَ قَوْلَهُ: «وَقِيمَةِ وَلَدِهَا» مَجْرُورًا بِالْعَطْفِ عَلَى قَوْلِهِ: «نِصْفُ قِيمَتِهَا»، أَيْ: وَنِصْفُ قِيمَةِ وَلَدِهَا. قَالَ: وَذِكْرُ الْقِيمَةِ هَهُنَا مَحْمُولٌ عَلَى التَّرَاضِي عَلَيْهَا، أَوْ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ: نِصْفُ الْأُمِّ وَنِصْفُ الْوَلَدِ، وَلَمْ يُرِدِ الْقِيمَةَ، وَهَذَا الْمَسْلَكُ ضَعِيفٌ جِدًّا، وَفِي تَمَامِ النَّصِّ مَا يُبْطِلُهُ، وَهُوَ قَوْلُ أَحْمَدَ: فَإِنْ أَعْتَقَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا لَا يَجُوزُ عِتْقُهَا؛ لِأَنَّهَا مِنْ حِينَ تَزَوَّجَهَا وَجَبَتْ لَهَا الْجَارِيَةُ، وَهَذَا تَصْرِيحٌ بِأَنَّهَا مَلَكَتِ الْأَمَةَ كُلَّهَا بِالْعَقْدِ؛

إذْ لَوْلَا ذَلِكَ لَعَتَقَ نِصْفُهَا بِالمِلْكِ، وَسَرَى عِتْقُهَا إِلَى الْبَاقِي مَعَ الْيَسَارِ.

وَكَذَلِكَ سَلَكَ أَبُو بَكْرٍ فِي زَادِ المُسَافِرِ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى فِي تَخْرِيجِ هَذَا النَّصِّ، وَبَنَاهُ عَلَى أَنَّ المَرْأَةَ لَمْ تَمْلِكْ بِالْعَقْدِ إِلَّا النِّصْفَ، ثُمَّ خَرَّجَ أَبُو بَكْرٍ لِأَحْمَدَ قَوْلًا آخَرَ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ عَلَى قَوْلِهِ: تَمْلِكُ الصَّدَاقَ كُلَّهُ بِالْعَقْدِ: أَنَّ الْأَوْلَادَ وَالنَّمَاءَ لَهَا، وَيَرْجِعُ بِنِصْفِ قِيمَةِ الْأُمِّ دُونَ الْأَوْلَادِ؛ يَعْنِي الزَّوْجَ. قَالَ: وَبِهِ أَقُولُ، وَهُوَ اخْتِيَارُ صَاحِبِ المُغْنِي أَيْضًا؛ فِرَارًا مِنَ التَّفْرِيقِ بَيْنَ الْأُمِّ وَوَلَدِهَا فِي بَعْضِ الزَّمَانِ.

وَأَمَّا ابْنُ أَبِي مُوسَى فَإِنَّهُ خَرَّجَ وَجْهًا عَلَى الْقَوْلِ بِمِلْكِ الصَّدَاقِ كُلِّهِ بِالْعَقْدِ أَنَّ الْوَلَدَ لِلْمَرْأَةِ؛ لِحُدُوثِهِ فِي مِلْكِهَا، وَلَهَا نِصْفُ قِيمَةِ الْأُمِّ، فَجَعَلَ لِلزَّوْجَةِ الْقِيمَةَ، كَمَا فِي نَصِّ أَحْمَدَ، وَهَذَا الْوَجْهُ ضَعِيفٌ جِدًّا، حَيْثُ تَضَمَّنَ التَّفْرِيقَ بَيْنَ الْأُمِّ وَوَلَدِهَا بِغَيْرِ الْعِتْقِ، وَمَنَعَ الزَّوْجَةَ مِنْ أَخْذِ نِصْفِ الْأَمَةِ، وَهُوَ أَقْرَبُ إِلَى عَدَمِ التَّفْرِيقِ مِنْ أَخْذِ نِصْفِ الْقِيمَةِ.

وَعِنْدَ الْقَاضِي إِذَا قِيلَ: إِنَّ الْوَلَدَ كُلَّهُ لَهُ، فَلِلزَّوْجِ نِصْفُ قِيمَةِ الْأُمِّ، صَرَّحَ بِهِ فِي المُجَرَّدِ، وَقَالَ فِي الخِلَافِ: يَرْجِعُ بِنِصْفِ الْأَمَةِ.

وَالطَّرِيقُ الثَّانِي، فِي مَعْنَى الرِّوَايَةِ: أَنَّهَا تَدُلُّ عَلَى أَنَّ النَّمَاءَ المُنْفَصِلَ يَرْجِعُ بِهِ الزَّوْجُ بِالْفُرْقَةِ تَبَعًا لِلْأَصْلِ، وَهَذَا مَسْلَكُ جَمَاعَةٍ، مِنْهُمْ صَاحِبُ المُحَرَّرِ، لَكِنَّهُ اسْتَشْكَلَ إِيجَابَ الْقِيمَةِ دُونَ المُعَيَّنِ، وَقَالَ: لَا أَدْرِي هَلْ هُوَ لِنَقْصِ الْوِلَادَةِ أَوْ لِغَيْرِ ذَلِكَ، فَإِنَّ أَحْمَدَ جَعَلَ لِلْمَرْأَةِ نِصْفَ قِيمَةِ الْأَمَةِ وَنِصْفَ قِيمَةِ الْوَلَدِ؛ لِأَجْلِ حَقِّ الزَّوْجِ، فَبَطَلَ فِي نِصْفِ الْأَمَةِ وَوَلَدِهَا، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِأَوْلَى مِنَ الْعَكْسِ.

وَقَدْ يُجَابُ عَنْ ذَلِكَ بِأَنَّ بِالطَّلَاقِ يَرْجِعُ بِهِ نِصْفُ الْأَمَةِ إِلَى الزَّوْجِ قَهْرًا كَالمِيرَاثِ؛ لِأَنَّهُ بَاقٍ بِعَيْنِهِ، لَا سِيَّمَا وَالْأَمْلَاكُ الْقَهْرِيَّةُ يُمْلَكُ بِهَا مَا لَا يُمْلَكُ بِالْعُقُودِ الِاخْتِيَارِيَّةِ، فَلَا يُجْبَرُ الزَّوْجُ بَعْدَ ذَلِكَ عَلَى أَخْذِ قِيمَتِهِ، بَلْ يَتَعَيَّنُ تَكْمِيلُ المِلْكِ لَهُ فِي الْأُمِّ وَالْوَلَدِ حَذَرًا مِنَ التَّفْرِيقِ المُحَرَّمِ.

وَيُشْبِهُ هَذَا مَا قَالَهُ الخِرَقِيُّ فِيمَا إِذَا كَانَ الصَّدَاقُ أَرْضًا فَنَبَتَ فِيهِ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ أَنَّ الزَّوْجَ يَرْجِعُ بِنِصْفِ الْأَرْضِ، وَيَتَمَلَّكُ عَلَيْهَا الْبِنَاءَ الَّذِي فِيهِ بِالْقِيمَةِ، لَكِنَّ أَحْمَدَ فِي تَمَامِ هَذَا النَّصِّ بِعَيْنِهِ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ذَكَرَ مَسْأَلَةَ الْبِنَاءِ وَصَبْغَ الثَّوْبِ، وَقَالَ: لِلزَّوْجِ نِصْفُ الْقِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ، فَفَرَّقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ المَرْأَةُ وَصَلَت الصَّدَاقَ بِمَالِـهَا عَلَى وَجْهٍ لَا يَنْفَصِلُ عَنْهُ إِلَّا بِضَرَرٍ عَلَيْهَا وَبَيْنَ أَنْ يَكُونَ بَاقِيًا بِعَيْنِهِ.

فَفِي الْأَوَّلِ: يَتَعَيَّنُ لِلزَّوْجِ نِصْفُ الْقِيمَةِ لِاخْتِلَاطِ المَالَيْنِ.

وَفِي الثَّانِي: يَرْجِعُ بِنِصْفِ الْعَيْنِ لِبَقَائِهَا بِحَالِهَا.

وَإِنَّمَا جَاءَ الْإِجْبَارُ عَلَى تَكْمِيلِ المِلْكِ لِلْمَانِعِ الشَّرْعِيِّ مِنَ التَّفْرِيقِ، وَيَحْتَمِلُ عِنْدِي فِي مَعْنَى رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ طَرِيقٌ ثَالِثٌ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ أَرَادَ أَحْمَدُ أَنْ لِلزَّوْجَةِ نِصْفَ قِيمَةِ الْأَمَةِ، وَلَـهَا قِيمَةُ وَلَدِهَا كَامِلَةً؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ نَمَاءٌ تَخْتَصُّ بِهِ الزَّوْجَةُ، وَقَدْ عَادَ إِلَى الزَّوْجِ نِصْفُ الْأُمِّ، فَيُجْبَرُ الزَّوْجُ عَلَى أَخْذِ نِصْفِ قِيمَةِ الْأُمِّ وَقِيمَةِ الْوَلَدِ بِكَمَالِهَا؛ حَذَرًا مِنَ التَّفْرِيقِ، وَلَعَلَّ هَذَا أَظْهَرُ مِمَّا قَبْلَهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَمِنْهَا: مَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ الَّذِي اسْتَوْلَى عَلَيْهِ الْكُفَّارُ مِنَ المَغْنَمِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، وَقَدْ نَمَا نَمَاءً مُنْفَصِلًا، فَإِنْ قُلْنَا: لَمْ يَمْلِكْهُ الْكُفَّارُ بِالِاسْتِيلَاءِ فَهُوَ لَهُ بِنَمَائِهِ، وَإِنْ

قُلْنَا: مَلَكُوهُ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ فِيهِ، وَهَلْ يَرْجِعُ بِنَمَائِهِ؟

يَتَخَرَّجُ عَلَى وَجْهَيْنِ كَبَائِعِ الْمُفْلِسِ؛ لِأَنَّ حُقُوقَ الْغَانِمِينَ مُتَعَلِّقَةٌ بِالنَّمَاءِ؛ كَتَعَلُّقِ حُقُوقِ غُرَمَاءِ الْمُفْلِسِ بِأَحْوَالِهِ.

وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ أَمَةً فَوَطِئَهَا الْحَرْبِيُّ وَوَلَدَتْ مِنْهُ، أَنَّ الْوَلَدَ غَنِيمَةٌ لَا يَرْجِعُ بِهِ الْمَالِكُ؛ لِأَنَّهُ حَدَثَ فِي مِلْكِ الْحَرْبِيِّ الْوَاطِئِ، فَانْعَقَدَ حُرًّا، لَكِنْ هَذَا قَدْ يَخْتَصُّ بِاسْتِيلَادِ الْمَالِكِ لَـهَا، فَإِنَّ وَلَدَهُ يَنْعَقِدُ حُرًّا، وَإِنَّمَا يَطْرَأُ عَلَيْهِ الرِّقُّ بَعْدَ ذَلِكَ، فَلَا يَكُونُ مِنْ نَمَائِهَا، بِخِلَافِ مَا لَوْ زَوَّجَهَا فَوَلَدَتْ مِنَ الزَّوْجِ فَإِنَّهُ يَكُونُ مِنْ نَمَائِهَا لِانْعِقَادِهِ رَقِيقًا.

وَقَدْ سُئِلَ أَحْمَدُ عَنْ عَبْدِ الْمُسْلِمِ إِذَا لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ، ثُمَّ رَجَعَ وَمَعَهُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ، فَتَوَقَّفَ فِي مُسْتَحِقِّ الْمَالِ الَّذِي مَعَهُ، وَقَالَ مَرَّةً: هُوَ لِلْمُسْلِمِينَ، وَأَنْكَرَ أَنْ يَكُونَ لِلسَّيِّدِ، وَعَلَّلَ بِأَنَّ الْعَبْدَ لَيْسَ لَهُ غَنِيمَةٌ.

قَالَ الْخَلَّالُ: وَهَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا غَنِيمَةَ لَهُ، وَحَمَلَهُ الْقَاضِي عَلَى أَنَّ مَا يَأْخُذُهُ الْوَاحِدُ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ يَكُونُ فَيْئًا. قَالَ: وَأَمَّا إِنْ قُلْنَا: هُوَ لِآخِذِهِ فَهُوَ هُنَا لِلسَّيِّدِ.



فَصْلٌ:

وَأَمَّا الحُقُوقُ المُتَعَلِّقَةُ بِالْأَعْيَانِ مِنْ غَيْرِ عَقْدٍ وَلَا فَسْخٍ، فَإِنْ كَانَتْ مِلْكًا قَهْرِيًّا فَحُكْمُهُ حُكْمُ سَائِرِ التَّمَلُّكَاتِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مِلْكًا فَإِنْ كَانَتْ حَقًّا لَازِمًا لَا يُمْكِنُ إِبْطَالُهُ بِوَجْهٍ كَحَقِّ الِاسْتِيلَادِ، وَسَرَى حُكْمُهُ إِلَى الْأَوْلَادِ دُونَ الْإِكْسَابِ؛ لِبَقَاءِ مِلْكِ مَالِكِهِ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ لَازِمٍ بَلْ يُمْكِنُ إِبْطَالُهُ إِمَّا بِاخْتِيَارِ المَالِكِ أَوْ بِرِضَى المُسْتَحِقِّ لَمْ يَتْبَعِ النَّمَاءُ فِيهِ الْأَصْلَ بِحَالٍ.

وَيَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: الْأَمَةُ الجَانِيَةُ لَا يَتَعَلَّقُ الجِنَايَةُ بِأَوْلَادِهَا وَلَا أَكْسَابِهَا؛ لِأَنَّ حَقَّ الجِنَايَةِ لَيْسَ بِالْقَوِيِّ، وَلِهَذَا لَمْ يُمْنَعِ التَّصَرُّفُ عِنْدَنَا، وَلِأَنَّ حَقَّ الجِنَايَةِ تَعَلَّقَ بِالجِنَايَةِ لِصُدُورِ الجِنَايَةِ مِنْهَا، وَهَذَا مَفْقُودٌ فِي وَلَدِهَا، وَكَسْبُهَا مِلْكٌ لِلسَّيِّدِ، بِخِلَافِ المُكَاتَبَةِ.

وَمِنْهَا: تَرِكَةُ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ إِذَا تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ الْغُرَمَاءِ بِمَوْتِهِ، فَإِنْ قِيلَ: هِيَ بَاقِيَةٌ عَلَى حُكْمِ مِلْكِ المَيِّتِ، تَعَلَّقَ حَقُّ الْغُرَمَاءِ بِالنَّمَاءِ أَيْضًا، كَالمَرْهُونِ، كَذَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي كِتَابِ الْقِسْمَةِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ: إِنْ قُلْنَا: إِنَّ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِالتَّرِكَةِ تَعَلُّقُ رَهْنٍ يمْنَعُ التَّصَرُّف فِيهِ، فَالْأَمْرُ كَذَلِكَ، وَإِنْ قُلْنَا: تَعَلُّقُ جِنَايَةٍ لَا يمْنَعُ التَّصَرُّف فَلَا يَتَعَلَّقُ بِالنَّمَاءِ، وَأَمَّا إِنْ قُلْنَا: لَا تَنْتَقِلُ التَّرِكَةُ إِلَى الْوَرَثَةِ بِمُجَرَّدِ المَوْتِ لَمْ تَتَعَلَّقْ حُقُوقُ الْغُرَمَاءِ بِالنَّمَاءِ؛ إِذْ هُوَ تَعَلُّقٌ قَهْرِيٌّ كَالجِنَايَةِ، كَذَا ذَكَرَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ.

وَخَرَّجَ الْآمِدِيُّ وَصَاحِبُ الْمُغْنِي تَعَلُّقَ الحَقِّ بِالنَّمَاءِ مَعَ الِانْتِقَالِ أَيْضًا، كَتَعَلُّقِ الرَّهْنِ، وَيَقْوَى هَذَا عَلَى قَوْلِنَا: إِنَّ التَّعَلُّقَ تَعَلُّقُ رَهْنٍ، وَقَدْ يَنْبَنِي ذَلِكَ عَلَى أَصْلٍ آخَرَ، وَهُوَ أَنَّ الدَّيْنَ هَلْ هُوَ بَاقٍ فِي ذِمَّةِ الْمَيِّتِ أَوِ انْتَقَلَ إِلَى ذِمَمِ الْوَرَثَةِ، أَوْ هُوَ مُتَعَلِّقٌ بِأَعْيَانِ التَّرِكَةِ لَا غَيْرُ، وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ:

الْأَوَّلُ: قَوْلُ الْآمِدِيِّ وَابْنِ عَقِيلٍ فِي الْفُنُونِ وَصَاحِبِ الْمُغْنِي، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ فِي مَسْأَلَةِ ضَمَانِ دَيْنِ الْمَيِّتِ.

وَالثَّانِي: قَوْلُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَأَبِي الخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ وَابْنِ عَقِيلٍ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ، كَذَلِكَ قَالَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ، لَكِنَّهُ خَصَّهُ بِحَالَةِ تَأْجِيلِ الدَّيْنِ لِمُطَالَبَةِ الْوَرَثَةِ بِالتَّوْثِقَةِ.

وَالثَّالِثُ: قَوْلُ ابْنِ أَبِي مُوسَى، فَيَتَوَجَّهُ عَلَى قَوْلِهِ أَنْ لَا يَتَعَلَّقَ الحُقُوقُ بِالنَّمَاءِ؛ إِذْ هُوَ لِتَعَلُّقِ الجِنَايَةِ.

وَعَلَى الْأَوَّلَيْنِ يَتَوَجَّهُ تَعَلُّقُهَا بِالنَّمَاءِ كَالرَّهْنِ، وَقَدْ يُقَالُ: لَا يَتَعَلَّقُ حُقُوقُ الْغُرَمَاءِ بِالنَّمَاءِ إِذَا قُلْنَا: تَنْتَقِلُ التَّرِكَةُ إِلَى الْوَرَثَةِ بِكُلِّ حَالٍ، إِلَّا أَنْ نَقُولَ: إِنَّ الدَّيْنَ فِي ذِمَمِهِمْ؛ لِأَنَّ تَبَعِيَّةَ النَّمَاءِ فِي الرَّهْنِ إِنَّمَا يُحْكَمُ بِهِ إِذَا كَانَ النَّمَاءُ مِلْكًا لِمَنْ عَلَيْهِ الحَقُّ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ مِلْكًا لِغَيْرِهِ لَمْ يَتْبَعْ، كَمَا لَوْ رَهَنَ الْمُكَاتَبَ سَيِّدُهُ؛ فَإِنَّ كَسْبَهُ لَا يَكُونُ دَاخِلًا فِي الرَّهْنِ؛ لِأَنَّهُ عَلَى مِلْكِ الْمُكَاتَبِ، فَكَذَلِكَ يَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ فِيمَنْ تَجْزِيهِ شَيْئًا لِيَرْهَنَهُ فَرَهَنَهُ، أَنَّ النَّمَاءَ لَا يَدْخُلُ فِي الرَّهْنِ لِذَلِكَ، وَقَدْ يُقَالُ: التَّرِكَةُ تُعَلِّقُ الحَقَّ تَعَلُّقًا قَهْرِيًّا مَعَ انْتِقَالِ مِلْكِهَا إِلَى الْوَرَثَةِ، فَكَذَلِكَ نَمَاؤُهَا.

وَيُجَابُ عَنْهُ بِأَنَّ التَّعَلُّقَ حَالَةَ الِانْتِقَالِ إِنَّمَا ثَبَتَ بِضَعْفِ الْمَانِعِ مِنْهُ، حَيْثُ

اقْتِرَانِ التَّعَلُّقِ وَمَانِعُهُ وَهُوَ الِانْتِقَالُ، فَأَمَّا بَعْدَ الِانْتِقَالِ وَاسْتِقْرَارِ المِلْكِ فِيهِ فَلَا يَتَعَلَّقُ لِسَبْقِ المَانِعِ وَاسْتِقْرَارِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَأَمَّا تَعَلُّقُ الضَّمَانِ بِالْأَعْيَانِ لِلتَّعَدِّي فَيَتبَعُ فِيهِ النَّمَاء الْمُنْفَصِل إِذَا كَانَ دَاخِلًا تَحْتَ الْيَدِ الْعُدْوَانِيَّةِ؛ فَمِنْ ذَلِكَ الْغَصْبُ يُضمَنُ فِيهِ النَّمَاءُ الْمُنْفَصِلُ عَلَى المَذْهَبِ، وَلَمْ يَحْكِ ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي ضَمَانِهِ خِلَافًا مَعَ حِكَايَتِهِ الخِلَافَ فِي المُتَّصِلِ، وَلَا يَظْهَرُ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا، فَالتَّخْرِيجُ مُتَوَجِّهٌ، بَلْ قَدْ يُقَالُ: ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ الَّتِي سُقْنَاهَا فِي الرَّدِّ بِالْعَيْبِ تَدُلُّ عَلَى عَدَمِ الضَّمَانِ، حَيْثُ سَرَى بَيْنَ ظُهُورِ الْعَيْنِ وَبَيْنَ الِاسْتِحْقَاقِ.

وَمِنْهُ: الْأَمَانَاتُ إِذَا تَعَدَّى فِيهَا ثُمَّ نَمَتْ، فَإِنَّهُ يَتْبَعُهَا فِي الضَّمَانِ، وَمِنْهُ صَيْدُ الحَرَمِ وَالْإِحْرَامِ يُضْمَنُ نَمَاؤُهُ الْمُنْفَصِلُ إِذَا دَخَلَ تَحْتَ الْيَدِ الحِسِّيَّةِ، وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ تَحْتَ الْيَدِ، لَكِنَّهُ هَلَكَ بِسَبَبِ إِمْسَاكِ الْأُمِّ، فَفِيهِ خِلَافٌ مَشْهُورٌ.

تَنْبِيهٌ: اضْطَرَبَ كَلَامُ الْأَصْحَابِ فِي الطَّلْعِ وَالحَمْلِ، هَلْ هُمَا زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ أَوْ مُتَّصِلَةٌ؟

أَمَّا الطَّلْعُ فَلِلْأَصْحَابِ فِيهِ طُرُقٌ:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ، سَوَاءٌ أُبِّرَ أَوْ لَمْ يُؤَبَّرْ، وَبِهِ جَزَمَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي كِتَابِ الصَّدَاقِ، وَأَنَّ الزَّوْجَ يُجْبَرُ عَلَى قَبُولِهِ إِذَا بَذَلَتْهَا الزَّوْجَةُ بِكُلِّ حَالٍ، وَكَذَا ذَكَرَ صَاحِبُ الْكَافِي فِي كِتَابِ الصَّدَاقِ، وَجَعَلَ كُلَّ ثَمَرَةٍ عَلَى شَجَرِهَا زِيَادَةً مُتَّصِلَةً.

وَصَرَّحَ الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ فِي بَابِ الْغَصْبِ بِأَنَّ الزِّيَادَةَ المُتَّصِلَةَ الَّتِي يُمْكِنُ

إِفْرَادُهَا؛ كَصَبْغِ الثَّوْبِ وَتَزْوِيقِ الدَّارِ وَالْمَسَامِيرِ، هَلْ يُجْبَرُ عَلَى قَبُولِهَا؟

يُخَرَّجُ عَلَى وَجْهَيْنِ، أَصَحُّهُمَا يُجْبَرُ، وَهُوَ قَوْلُ الخِرَقِيِّ فِي الصَّدَاقِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ بِكُلِّ حَالٍ أُبِّرَ أَوْ لَمْ يُؤَبَّرْ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ فَصْلُهُ وَإِفْرَادُهُ بِالْبَيْعِ، كَذَا أَطْلَقَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ أَيْضًا فِي مَوْضِعٍ مِنَ التَّفْلِيسِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ، وَصَرَّحَ صَاحِبُ الْمُغْنِي بِإِبْدَائِهِ احْتِمَالًا، وَحَكَاهُ فِي الْكَافِي عَنِ ابْنِ حَامِدٍ.

الثَّالِثُ: أَنَّ الْمُؤَبَّرَ زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ، وَغَيْرَ الْمُؤَبَّرِ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ، صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ أَيْضًا فِي التَّفْلِيسِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ، وَذَكَرَ أَنَّهُ مَنْصُوصٌ عَنْ أَحْمَدَ اعْتِبَارًا بِالتَّبَعِيَّةِ فِي الْبَيْعِ وَعَدَمِهَا.

الرَّابِعُ: أَنَّ غَيْرَ الْمُؤَبَّرِ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَفِي الْمُؤَبَّرِ وَجْهَانِ، وَهَذِهِ طَرِيقَةُ صَاحِبِ التَّرْغِيبِ فِي الصَّدَاقِ.

وَالخَامِسُ: أَنَّ الْمُؤَبَّرَ زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ وَجْهًا وَاحِدًا، وَفِي غَيْرِ الْمُؤَبَّرِ وَجْهَانِ، وَاخْتَارَ ابْنُ حَامِدٍ أَنَّهَا مُنْفَصِلَةٌ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْكَافِي فِي التَّفْلِيسِ.

وَأَمَّا الحَمْلُ فَقَالَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الصَّدَاقِ: هُوَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ، قَالَ الْقَاضِي: وَيُجْبَرُ الزَّوْجُ عَلَى قَبُولِهَا إِذَا بَذَلَتْهَا المَرْأَةُ، وَخَالَفَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الْآدَمِيَّاتِ؛ لِأَنَّ الحَمْلَ فِيهِنَّ نَقْصٌ مِنْ جِهَةٍ، وَزِيَادَةٌ مِنْ جِهَةٍ، بِخِلَافِ الْبَهَائِمِ، فَإِنَّهُ فِيهَا زِيَادَةٌ مَحْضَةٌ.

وَقَالَ الْقَاضِي فِي التَّفْلِيسِ: يَنْبَنِي عَلَى أَنَّ الحَمْلَ هَلْ لَهُ حُكْمٌ أَمْ لَا؟ فَإِنْ قُلْنَا: لَهُ حُكْمٌ فَهُوَ زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ، وَإِلَّا فَهُوَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ كَالسِّمَنِ.

وَفِي التَّلْخِيصِ الْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَتْبَعُ فِي الرُّجُوعِ كَمَا يَتْبَعُ فِي الْبَيْعِ. وَالحَبُّ إِذَا صَارَ زَرْعًا، وَالْبَيْضَةُ إِذَا صَارَتْ فَرْخًا، فَأَكْثَرُ الْأَصْحَابِ عَلَى أَنَّهَا دَاخِلَةٌ فِي النَّمَاءِ الْمُتَّصِلِ، كَذَلِكَ قَالَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الفَلَسِ وَالْغَصْبِ، وَذَكَرَ صَاحِبُ الْمُغْنِي وَجْهًا آخَرَ وَصَحَّحَهُ؛ أَنَّهُ مِنْ بَابِ تَغَيُّرٍ بِمَا يُزِيلُ الِاسْمَ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ اسْتَحَالَ، وَكَذَا ابْنُ عَقِيلٍ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ.

وَفِي الْمُجَرَّدِ: وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ بَيْضَةً فَصَارَتْ فَرُّوجًا، أَوْ حَبًّا فَصَارَ سُنْبُلًا، أَنَّهُ لَا يَحْنَثُ بِأَكْلِهِ؛ لِزَوَالِ الِاسْمِ، وَهَذَا إِنَّمَا يَتَوَجَّهُ عَلَى قَوْلِ ابْنِ عَقِيلٍ فِي مَسْأَلَةِ تَعَارُضِ الِاسْمِ وَالتَّعْيِينِ، فَأَمَّا عَلَى الْمَشْهُورِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَحْنَثَ، وَبِهِ جَزَمَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَكَمَا أَشَارَ إِلَيْهِ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ، كَمَا لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ هَذَا التَّمْرَ فَصَارَ دِبْسًا[1]، وَقَدْ يُفَرَّقُ فِي مَسْأَلَةِ الْبَيْضَةِ بِبَقَاءِ حَلَاوَةِ التَّمْرِ وَلَوْنِهِ فِي الدِّبْسِ بِخِلَافِ الْفَرُّوجِ.

وَلَوِ اشْتَرَى بَيْضَةً فَوَجَدَ فِيهَا فَرُّوجًا فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ، وَهُوَ يَشْهَدُ لِلْقَوْلِ بِأَنَّ الْبَيْضَ وَالْفَرُّوجَ عَيْنَانِ مُتَغَايِرَانِ، كَمَا إِذَا تَبَايَعَا دَابَّةً يَظُنَّانِ بِأَنَّهَا حِمَارٌ فَإِذَا هِيَ فَرَسٌ، وَالْقَصِيلُ إِذَا صَارَ سُنْبُلًا فَهُوَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ، وَإِذَا اشْتَدَّ الحَبُّ فَلَيْسَ بَعْدَهُ زِيَادَةٌ لَا مُتَّصِلَةٌ وَلَا مُنْفَصِلَةٌ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي.



(١) الدِّبس هنا: عسل التمر.




الْقَاعِدَةُ الثَّالِثَةُ وَالثَّمَانُونَ



إذَا انْتَقَلَ المِلْكُ عَـن النَّخْلَةِ بِعَقْدٍ أَوْ فَسْخٍ يَتْبَعُ فِيـهِ الـزِّيَادَة المُتَّصِلَة دُونَ المُنْفَصِلَةِ، أَوْ بِانْتِقَالِ اسْتِحْقَاقٍ.

فَإِنْ كَانَ فِيهِ طَلْعٌ مُؤَبَّرٌ لَمْ يَتْبَعْهُ فِي الِانْتِقَالِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُؤَبَّرٍ تَبِعَهُ، كَذَا قَالَ الْقَاضِي فِي كِتَابِ التَّفْلِيسِ مِن المُجَرَّدِ، وَقَالَ: سَوَاءٌ كَانَ الِانْتِقَالُ بِعِوَضٍ اخْتِيَارِيٍّ كَالْبَيْعِ وَالصُّلْحِ وَالنِّكَاحِ وَالخُلْعِ، أَوْ بِعِوَضٍ قَهْرِيٍّ كَالْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ وَرُجُوعِ الْبَائِعِ فِي عَيْنِ مَالِهِ بِالْفَلَسِ وَبَيْعِ الرَّهْنِ بَعْدَ أَنْ أَطْلَعَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِ الرَّاهِنِ وَالرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ بِشَرْطِ الثَّوَابِ، أَوْ كَانَ الِانْتِقَالُ بِغَيْرِ عِوَضٍ سَوَاءٌ كَانَ الِانْتِقَالُ اخْتِيَارِيًّا كَالهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ، أَوْ غَيْرَ اخْتِيَارِيٍّ كَالرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ لِلْأَبِ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي بَيْعِ الْأُصُولِ وَالثِّمَارِ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْكُلَّ كَالْبَيْعِ سَوَاءً، وَصَرَّحَ بِذَلِكَ صَاحِبُ الْكَافِي فِي الْعُقُودِ وَالْفُسُوخِ.

وَأَمَّا ابْنُ عَقِيلٍ فَإِنَّهُ أَطْلَقَ فِي الْفَسْخِ بِالْإِفْلَاسِ وَالرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ أَنَّ الطَّلْعَ يَتْبَعُ الْأَصْلَ وَلَمْ يفصلْ، وَعَلَّلَ بِأَنَّ الْفَسْخَ رَفْعٌ لِلْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ.

وَصَرَّحَ صَاحِبُ المُغْنِي فِي الْبَيْعِ بِأَنَّ الْفَسْخَ يَتْبَعُ الطَّلْعَ فِيهِ أَصْلُهُ، سَوَاءٌ أُبِّرَ أَوْ لَمْ يُؤَبَّرْ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مُتَّصِلٌ، فَأَشْبَهَ السِّمَنَ، وَصَرَّحَ بِدُخُولِ الْإِقَالَةِ وَالْفَسْخِ بِالْعَيْبِ فِي ذَلِكَ، وَهُوَ مُوَافِقٌ لِكَلَامِ الْأَصْحَابِ فِي الصَّدَاقِ.

وَقَدْ قَدَّمْنَا أَنَّ صَاحِبَ الْمُغْنِي ذَكَرَ احْتِمَالًا فِي الْفَسْخِ بِالْفَلَسِ وَنَحْوِهِ أَنَّهُ لَا يتْبَعُ فِيهِ الطَّلْع، سَوَاءٌ أُبِّرَ أَوْ لَمْ يُؤَبَّرْ؛ لِتَمَيُّزِهِ وَإِمْكَانِ إِفْرَادِهِ بِالْعَقْدِ، فَهُوَ كَالْمُنْفَصِلِ، بِخِلَافِ السِّمَنِ وَنَحْوِهِ، وَهَذَا عَكْسُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْبَيْعِ، وَهُوَ مَعَ ذَلِكَ مُوَافِقٌ لِإِطْلَاقِ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ أَنَّ الثَّمَرَةَ لَا تُرَدُّ مَعَ الْأَصْلِ بِالْعَيْبِ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ، وَكَذَا فِي الْفَلَسِ، فَتَحَرَّرَ مِنْ هَذَا أَنَّ الْعُقُودَ كَالْبَيْعِ وَالصُّلْحِ وَالصَّدَاقِ وَعِوَضِ الْخُلْعِ وَالْأُجْرَةِ وَالْهِبَةِ وَالرَّهْنِ يُفَرَّقُ فِيهَا بَيْنَ حَالَةِ التَّأْبِيرِ وَعَدَمِهِ، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الرَّهْنِ فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ.

إِلَّا أَنَّ فِي الْأَخْذِ فِي الشُّفْعَةِ وَجْهًا آخَرَ سَبَقَ ذِكْرُهُ أَنَّهُ يَقَعُ فِيهِ الْمُؤَبَّرُ إِذَا كَانَ فِي حَالِ الْبَيْعِ غَيْرَ مُؤَبَّرٍ، وَلِأَنَّ الْأَخْذَ يَسْتَنِدُ إِلَى الْبَيْعِ؛ إِذْ هُوَ سَبَبُ الِاسْتِحْقَاقِ، وَأَمَّا الْفُسُوخُ فَفِيهَا ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّ الطَّلْعَ يَتْبَعُ فِيهَا مَعَ التَّأْبِيرِ وَعَدَمِهِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الطَّلْعَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ بِكُلِّ حَالٍ، أَوْ عَلَى أَنَّ الْفَسْخَ رَفْعُ الْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ.

وَالثَّانِي: لَا يَتْبَعُ بِحَالٍ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ، وَإِنْ لَمْ يُؤَبَّرْ.

وَالثَّالِثُ: إِنْ كَانَ مُؤَبَّرًا تَبِعَ، وَإِلَّا فَلَا، كَالْعُقُودِ.

هَذَا كُلُّهُ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ النَّمَاءَ الْمُنْفَصِلَ لَا يَتْبَعُ فِي الْفُسُوخِ، أَمَّا إِنْ قِيلَ: بِتَبَعِيَّتِهِ فَلَا إِشْكَالَ فِي أَنَّ الطَّلْعَ يَتْبَعُ، سَوَاءٌ أُبِّرَ أَوْ لَمْ يُؤَبَّرْ، وَكَذَلِكَ إِنْ قِيلَ: إِنَّ الْفُسُوخَ لَا يُتْبَعُ فِيهَا الزِّيَادَةُ الْمُتَّصِلَةُ، فَإِنَّ الطَّلْعَ لَا يَتْبَعُ فِيهَا بِكُلِّ حَالٍ.

وَأَمَّا الْوَصِيَّةُ وَالْوَقْفُ فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ يَدْخُلُ فِيهِمَا الثَّمَرَةُ الْمَوْجُودَةُ يَوْمَ الْوَصِيَّةِ إِذَا بَقِيَتْ إِلَى يَوْمِ الْمَوْتِ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ بَيْنَ أَنْ يُؤَبَّرَ أَوْ لَا يُؤَبَّرُ، نَقَلَهُ

عَنْهُ أَبُو بَكْرِ بْنُ صَدَقَةَ فِي الرَّجُلِ يُوصِي بِالْكَرْمِ أَوِ الْبُسْتَانِ لِرَجُلٍ، ثُمَّ يَمُوتُ، وَفِي الْكَرْمِ حَمْلٌ، فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ.

وَقَالَ فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ مُوسَى: وَسُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يُوصِي الْبُسْتَانَ أَوِ الْكَرْمَ لِرَجُلٍ، ثُمَّ يَمُوتُ، وَفِي الْكَرْمِ أَوِ الْبُسْتَانِ حَمْلٌ، لِمَنِ الحَمْلُ؟ قَالَ: إِنْ كَانَ يَوْمَ أَوْصَى بِهِ لَهُ فِيهِ حَمْلٌ فَهُوَ لَهُ، وَأَطْلَقَ بِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِي الْوَصِيَّةِ وَلَمْ يُفَصِّلْ، وَقَدْ تَوَجَّهَ بِأَنَّ الْوَصِيَّةَ عَقْدُ تَبَرُّعٍ لَا يَسْتَدْعِي عِوَضًا، فَدَخَلَ فِيهَا كُلُّ مُتَّصِلٍ، بِخِلَافِ عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ.

وَعَلَى هَذَا فَالْهِبَةُ الْمُطْلَقَةُ كَذَلِكَ، وَهُوَ خِلَافُ مَا ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ، وَكَذَلِكَ الْوَقْفُ الْمُنْجَزُ وَأَوْلَى، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَخْتَصَّ ذَلِكَ بِمَا فِيهِ مَعْنَى الْقُرْبَةِ مِنَ الْوَقْفِ وَالصَّدَقَةِ وَالْوَصِيَّةِ.

وَأَمَّا اعْتِبَارُ وُجُودِهِ يَوْمَ الْوَصِيَّةِ، مَعَ أَنَّ الْمِلْكَ يَتَرَاخَى إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ؛ فَلِأَنَّ الْعَقْدَ إِذَا انْعَقَدَ كَانَ سَبَبًا لِنَقْلِ الْمِلْكِ، وَإِنَّمَا تَأَخَّرَ تَأْثِيرُهُ إِلَى حِينِ الْمَوْتِ، فَإِذَا وُجِدَ الْمَوْتُ اسْتَنَدَ الْمِلْكُ إِلَى حَالِ الْإِيصَاءِ، وَلِهَذَا لَوْ وَصَّى لَهُ بِأَمَةٍ حَامِلٍ ثُمَّ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ الْوَضْعِ، فَالْوَلَدُ لِلْمُوصَى لَهُ بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَسَوَاءٌ قُلْنَا: إِنَّ لِلْحَمْلِ حُكْمًا وَإِنَّهُ كَالْمُنْفَصِلِ أَوْ لَا.

وَأَمَّا إِنْ تَجَدَّدَ مُسْتَحِقٌّ مِنْ أَهْلِ الْوَقْفِ، وَفِي النَّخْلِ طَلْعٌ، فَهَاهُنَا حَالَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنْ يَكُونَ اسْتِحْقَاقُهُ مِنْ غَيْرِ انْتِقَالٍ مِنْ غَيْرِهِ.

وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ إِنْ حَدَثَ اسْتِحْقَاقُهُ بَعْدَ التَّأْبِيرِ لَمْ يَسْتَحِقَّ مِنَ الثَّمَرِ شَيْئًا، وَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ اسْتَحَقَّ.

قَالَ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ: سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللهِ يُسْأَلُ عَنْ رَجُلٍ أَوْقَفَ نَخْلًا عَلَى وَلَدِ قَوْمٍ وَوَلَدِهِ مَا تَوَالَدُوا، ثُمَّ وُلِدَ مَوْلُودٌ، قَالَ: إِنْ كَانَ النَّخْلُ أُبِّرَ فَلَيْسَ لَهُ فِي ذَلِكَ شَيْءٌ، وَهُوَ مِلْكُ الْأَوَّلِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أُبِّرَ فَهُوَ مَعَهُمْ، وَكَذَلِكَ الزَّرْعُ إِذَا بَلَغَ الحَصَادَ، فَلَيْسَ لَهُ شَيْءٌ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَبْلُغِ الحَصَادَ فَلَهُ فِيهِ.

وَكَذَلِكَ الْأَصْحَابُ صَرَّحُوا بِالْفَرْقِ بَيْنَ الْمُؤَبَّرِ وَغَيْرِهِ هَهُنَا، مِنْهُم ابْنُ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ؛ مُعَلِّلِينَ بِتَبَعِيَّةِ غَيْرِ الْمُؤَبَّرِ فِي الْعَقْدِ، فَكَذَا فِي الِاسْتِحْقَاقِ، وَعَلَّلَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ بِأَنَّ غَيْرَ الْمُؤَبَّرِ فِي حُكْمِ المَعْدُومِ لِاسْتِتَارِهِ وَكُمُونِهِ، وَالمُؤَبَّرَ فِي حُكْمِ المَوْجُودِ؛ لِبُرُوزِهِ وَظُهُورِهِ، وَهُوَ شَبِيهٌ بِقَوْلِ مَنْ يَقُولُ: إِنَّ الحَمْلَ لَيْسَ لَهُ حُكْمٌ مَا لَمْ يَظْهَرْ.

الحَالَةُ الثَّانِيَةُ: أَنْ يَخْرُجَ بَعْضُ أَهْلِ الِاسْتِحْقَاقِ لِمَوْتٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَيَنْتَقِلَ نَصِيبُهُ إِلَى غَيْرِهِ.

قَالَ يَعْقُوبُ بْنُ بختان: سُئِلَ أَحْمَدُ عَنْ رَجُلٍ مَاتَ فَقَالَ: ضَيْعَتِي الَّتِي بِالثَّغْرِ لِمَوَالِيَّ الَّذِينَ بِالثَّغْرِ، وَضَيْعَتِي الَّتِي بِبَغْدَادَ لِمَوَالِيَّ الَّذِينَ بِبَغْدَادَ وَأَوْلَادِهِمْ، فَلِمَنْ بِالثَّغْرِ أَنْ يَأْخُذُوا مِنْ هَذِهِ الضَّيْعَةِ الَّتِي هَهُنَا؟ قَالَ: لَا، قَدْ أَفْرَدَ هَذِهِ مِنْ هَذِهِ. فَقِيلَ لَهُ: فَقَدِمَ بَعْضُ مَنْ بِالثَّغْرِ إِلَى هُنَا وَخَرَجَ مَنْ هُنَا بَعْضُهُمْ إِلَى ثَمَّ، وَقَدْ أُبِّرَتِ النَّخْلُ، أَلَـهُمْ فِيهَا شَيْءٌ؟ قَالَ: لَا. فَقِيلَ: فَإِنْ وُلِدَ لِأَحَدِهِمْ وَلَدٌ بَعْدَمَا أُبِّرَتْ؟ فَقَالَ: وَهَذَا أَيْضًا شَبِيهٌ بِهَذَا، كَأَنَّهُ رَأَى مَا كَانَ قَبْلَ التَّأْبِيرِ جَائِزًا، أَوْ كَمَا قَالَ، وَهَذَا مُوَافِقٌ لِنَصِّهِ السَّابِقِ فِي أَنَّ تَجَدُّدَ الْمُسْتَحِقِّ لِلْوَقْفِ بَعْدَ التَّأْبِيرِ لَا يَقْتَضِي اسْتِحْقَاقَهُ مِنْهُ.

وَأَمَّا خُرُوجُ الخَارِجِ مِنَ الْبَلَدِ فَلَمْ يَشْمَلْهُ جَوَابُهُ، وَانْقِطَاعُ حَقِّ الْمُسْتَحِقِّ بِمَوْتِهِ أَوْ زَوَالُ صِفَةِ الإِسْتِحْقَاقِ شَبِيهٌ بِانْفِسَاخِ الْعَقْدِ المُزِيلِ لِلْمَلِكِ قَهْرًا، وَقَدْ سَبَقَ الخِلَافُ فِيهِ، لَا سِيَّمَا عَلَى قَوْلِنَا: إِنَّ الْوَقْفَ مِلْكٌ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ، فَيَصِيرُ مَوْتُهُ كَانْفِسَاخِ مِلْكِهِ فِي الْأَصْلِ، فَيُخَرَّجُ فِي تَبَعِيَّةِ الطَّلْعِ الخِلَافُ السَّابِقُ.

فَإِنْ قِيلَ بِالتَّفْرِيقِ بَيْنَ مَا قَبْلَ التَّأْبِيرِ وَبَعْدَهُ فَلِأَنَّ الطَّلْعَ إِذَا لَمْ يُؤَبَّرْ فِي حُكْمِ الحَمْلِ فِي الْبَطْنِ، وَاللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ، فَلَا يَكُونُ لَهُ حُكْمٌ بِمِلْكٍ وَلَا غَيْرِهِ حَتَّى يَظْهَرَ، وَإِنْ سُلِّمَ أَنَّ لَهُ حُكْمًا بِالمِلْكِ فَالْمُسْتَحِقُّ الحَادِثُ؛ لَـمَّا شَارَكَ فِي غَيْرِ المُؤَبَّرِ مَعَ ظُهُورِهِ عَلَى مِلْكِ الْأَوَّلِ دَلَّ عَلَى أَنَّ مِلْكَهُمْ لَمْ يَسْتَقِرَّ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ المُؤَبَّرِ، فَإِنَّ مِلْكَهُم اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ، فَمَنْ زَالَ اسْتِحْقَاقُهُ قَبْلَ اسْتِقْرَارِ المِلْكِ سَقَطَ حَقُّهُ.



فَصْلٌ:

هَذَا كُلُّهُ فِي حُكْمِ ثَمَرِ النَّخْلِ، فَأَمَّا غَيْرُهُ مِنَ الشَّجَرِ فَمَا كَانَ لَهُ كِمَامٌ تَفَتَّحُ فَيَظْهَرُ ثَمَرُهُ كَالْقُطْنِ فَهُوَ كَالطَّلْعِ، وَأَلْحَقَ أَصْحَابُنَا بِهِ الزُّهُورَ الَّتِي تَخْرُجُ مُنْضَمَّةً ثُمَّ تَتَفَتَّحُ؛ كَالْوَرْدِ وَالْيَاسَمِينَ وَالْبَنَفْسَجِ وَالنَّرْجِسِ.

وَفِيهِ نَظَرٌ: فَإِنَّ هَذَا الْمُنْضَمَّ هُوَ نَفْسُ الثَّمَرَةِ أَوْ قِشْرُهَا الْمُلَازِمُ لَـهَا؛ كَقِشْرِ الرُّمَّانِ، فَظُهُورُهُ ظُهُورُ الثَّمَرَةِ، بِخِلَافِ الطَّلْعِ، فَإِنَّهُ وِعَاءٌ لِلثَّمَرَةِ، وَكَلَامُ الخِرَقِيِّ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ حَيْثُ قَالَ: وَكَذَلِكَ بَيْعُ الشَّجَرِ إِذَا كَانَ فِيهِ ثَمَرٌ بَادٍ، وَبُدُوُّ الْوَرْدِ وَنَحْوِهِ ظُهُورُهُ مِنْ شَجَرِهِ، وَإِنَّمَا كَانَ مُنْضَمًّا.

وَلِلْأَصْحَابِ وَجْهَانِ فِي الْوَرَقِ الْمَقْصُودِ؛ كَوَرَقِ التُّوتِ، هَلْ يُعْتَبَرُ بِفَتْحِهِ كَالثَّمَرِ أَوْ يَتْبَعُ الْأَصْلَ لِمُجَرَّدِ ظُهُورِهِ؟ وَهَذِهِ الزُّهُور بِمَعْنَاهُ وَمِنْهُ مَا يَظْهَرُ نَوْرُهُ ثُمَّ يَتَنَاثَرُ، فَيَظْهَرُ ثَمَرُهُ؛ كَالتُّفَّاحِ وَالمِشْمِشِ، فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: إِنْ تَنَاثَرَ نَوْرُهُ فَهُوَ لِلْبَائِعِ، وَإِلَّا فَلَا، وَبِهِ جَزَمَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ؛ لِأَنَّ ظُهُورَ ثَمَرِهِ يَتَوَقَّفُ عَلَى تَنَاثُرِ نَوْرِهِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ بِظُهُورِ نَوْرِهِ لِلْبَائِعِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي احْتِمَالًا جَعْلًا لِلنَّوْرِ كَمَا فِي الطَّلْعِ؛ لِأَنَّ الطَّلْعَ لَيْسَ هُوَ عَيْنَ الثَّمَرَةِ، بَلْ هِيَ مُسْتَتِرَةٌ فِيهِ، فَتَكْبُرُ فِي جَوْفِهِ وَتَظْهَرُ حَتَّى يَصِيرَ تِلْكَ فِي طَرَفِهَا وَهِيَ قِمْعُ الرّطبَةِ.

وَالثَّالِثُ: لِلْبَائِعِ بِظُهُورِ الثَّمَرَةِ، وَإِنْ لَمْ يَتَنَاثَرِ النَّوْرُ، كَمَا إِذَا كَبُرَ قَبْلَ انْتِثَارِهِ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الخِرَقِيِّ، وَاخْتِيَارُ صَاحِبِ المُغْنِي، وَهُوَ أَصَحُّ، وَقِيَاسُ مَا فِي بَطْنِ

الطَّلْعِ عَلَى النَّوْرِ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ النَّوْرَ يَتَنَاثَرُ، وَمَا فِي جَوْفِ الطَّلْعِ يَنْمُو وَيَتَزَايَدُ حَتَّى يَصِيرَ ثَمَرًا.

وَمِنْهُ: مَا تَظْهَرُ ثَمَرَتُهُ مِنْ غَيْرِ نَوْرٍ، فَهُوَ لِلْبَائِعِ بِظُهُورِهِ، سَوَاءٌ كَانَ لَهُ قِشْرٌ يَبْقَى فِيهِ إِلَى أَكْلِهِ كَالرُّمَّانِ وَالمَوْزِ، أَوْ لَهُ قِشْرَانِ؛ كَالجَوْزِ وَاللَّوْزِ، أَوْ لَا قِشْرَ لَهُ كَالتِّينِ وَالتُّوتِ، وَقَالَ الْقَاضِي: مَا لَهُ قِشْرَانِ لَا يَكُونُ لِلْبَائِعِ إِلَّا بِتَشَقُّقِ قِشْرِهِ الْأَعْلَى. وَرَدَّهُ صَاحِبُ المُغْنِي بِأَنَّ تَشَقُّقَهُ فِي شَجَرِهِ نَادِرٌ، وَتَشَقُّقُهُ قَبْلَ كَمَالِهِ يُفْسِدُهُ، بِخِلَافِ الطَّلْعِ، وَفِي المُبْهِجِ الِاعْتِبَارُ بِانْعِقَادِ لُبِّهِ، فَإِنْ لَمْ يَنْعَقِدْ تَبِعَ أَصْلَهُ وَإِلَّا فَلَا.

وَأَمَّا الزَّرْعُ الظَّاهِرُ فِي الْأَرْضِ إِذَا انْتَقَلَ المِلْكُ فِيهَا بِالمَبِيعِ وَنَحْوِهِ فَهُوَ لِلْبَائِعِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَجْزَاءِ الْأَرْضِ، وَإِنَّمَا هُوَ مُودَعٌ فِيهَا، فَأَشْبَهَ الثَّمَرَةَ المُؤَبَّرَةَ، قَالَ فِي المُغْنِي: لَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا، وَفِي المُبْهِجِ لِلشِّيرَازِيِّ: إِنْ كَانَ الزَّرْعُ بَدَا صَلَاحُهُ لَمْ يَتْبَعْ، وَإِنْ لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهُ عَلَى وَجْهَيْنِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَتْبَعُ أَخَذَ الْبَائِعُ بِقَطْعِهِ، إِلَّا أَنْ يَسْتَأْجِرَ الْأَرْضَ مِنَ المُشْتَرِي إِلَى حِينِ إِدْرَاكِهِ، وَأَمَّا إِذَا بَدَا صَلَاحُهُ فَإِنَّهُ يَبْقَى فِي الْأَرْضِ مِنْ غَيْرِ أُجْرَةٍ إِلَى حِينِ حَصَادِهِ.

وَهَذَا غَرِيبٌ جِدًّا، مُخَالِفٌ لِمَا عَلَيْهِ الْأَصْحَابُ، مَعَ أَنَّ كَلَامَ أَحْمَدَ فِي اسْتِحْقَاقِ الْوَقْفِ يَشْهَدُ لَهُ، حَيْثُ قَالَ: إِنْ وُلِدَ مَوْلُودٌ مِنْ أَهْلِ الْوَقْفِ قَبْلَ أَنْ يَبْلُغَ الحَصَادَ اسْتَحَقَّ، وَإِلَّا لَمْ يَسْتَحِقَّ؛ لِأَنَّهُ قَدِ انْتَهَى نُمُوُّهُ وَزِيَادَتُهُ بِبُلُوغِهِ لِلْحَصَادِ.

وَهَكَذَا قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى، لَكِنَّهُ عَبَّرَ بِالِاسْتِحْصَادِ وَعَدَمِهِ، وَأَمَّا صَاحِبُ المُغْنِي فَقَالَ: مَا كَانَ مِنَ الزَّرْعِ لَا يَتْبَعُ الْأَرْضَ فِي الْبَيْعِ، فَلَا حَقَّ فِيهِ لِلْمُتَجَدِّدِ؛

لِأَنَّهُ كَالثَّمَرِ الْمُؤَبَّرِ، وَأَمَّا مَا كَانَ يَتْبَعُ فِي الْبَيْعِ وَهُوَ مَا لَمْ يَظْهَرْ مِمَّا يَتَكَرَّرُ حَمْلُهُ مِنَ الرَّطْبَاتِ وَالْخَضْرَاوَاتِ فَيَسْتَحِقُّ فِيهِ الْمُتَجَدِّدُ.

وَقِيَاسُ الْمَنْصُوصِ فِي الزَّرْعِ أَنْ يَسْتَحِقَّ الْمُتَجَدِّدُ فِي الْوَقْفِ مِنَ الثَّمَرِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهُ، وَيَجُوزُ بَيْعُهُ مُطْلَقًا، وَلَكِنَّ أَحْمَدَ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا كَمَا تَقَدَّمَ، فَاعْتَبَرَ فِي الزَّرْعِ بُلُوغَ الْحَصَادِ، وَفِي الثَّمَرِ التَّأْبِيرَ، وَنَصُّهُ مَعَ ذَلِكَ فِي اسْتِحْقَاقِ الْمُوصَى لَهُ بِالشَّجَرِ الْمُثْمِرِ الْمَوْجُودِ فِيهِ حَالَ الْوَصِيَّةِ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ بَيْنَ أَنْ يَبْدُوَ صَلَاحُهُ أَوْ لَا يَبْدُوَ مُشْكِلٌ.

وَأَفْتَى الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ بِأَنَّ الثَّمَرَ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّهُ مِنْ بَدءِ الصَّلَاحُ فِي زَمَنِ اسْتِحْقَاقِهِ حَتَّى لَوْ مَاتَ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ، وَقَدْ أَطْلَعَ الثَّمَرُ بِعِلْمِهِ، ثُمَّ بَدَا صَلَاحُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ فَإِنَّهُ يَكُونُ لِلْبَطْنِ الثَّانِي.

وَقَالَ فِي شَجَرِ الْجَوْزِ الْمَوْقُوفِ: إِنَّهُ إِنْ أَدْرَكَ أَوَانَ قَطْعِهِ فِي حَيَاةِ الْبَطْنِ الْأَوَّلِ فَهُوَ لَهُ، فَإِنْ مَاتَ وَبَقِيَ فِي الْأَرْضِ مُدَّةً حَتَّى زَادَ، كَانَتِ الزِّيَادَةُ حَادِثَةً فِي مَنْفَعَةِ الْأَرْضِ الَّتِي لِلْبَطْنِ الثَّانِي، وَمِنَ الْأَصْلِ الَّذِي لِوَرَثَةِ الْأَوَّلِ؛ فَإِمَّا أَنْ تُقَسَّمَ الزِّيَادَةُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ الْقِيمَتَيْنِ، وَإِمَّا أَنْ تعطى الْوَرَثَة أُجْرَة الْأَرْضِ لِلْبَطْنِ الثَّانِي، وَإِنْ غَرَسَهُ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ مِنْ مَالِ الْوَاقِفِ وَلَمْ يُدْرِكْ إِلَّا بَعْدَ انْتِقَالِهِ إِلَى الْبَطْنِ الثَّانِي فَهُوَ لَـهُمْ، وَلَيْسَ لِوَارِثِهِ الْأَوَّلِ فِيهِ شَيْءٌ.

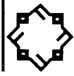
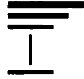
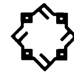
وَاعْلَمْ أَنَّ مَا ذَكَرْنَاهُ فِي اسْتِحْقَاقِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ هَهُنَا إِنَّمَا هُوَ إِذَا كَانَ اسْتِحْقَاقُهُ بِصِفَةٍ مَحْضَةٍ، مِثْلَ كَوْنِهِ وَلَدًا أَوْ فَقِيرًا أَوْ نَحْوَهُ، أَمَّا إِذَا كَانَ اسْتِحْقَاقُ الْوَقْفِ عِوَضًا عَنْ عَمَلٍ، وَكَانَ الْمُغَلُّ كَالْأُجْرَةِ يُقَسَّطُ عَلَى جَمِيعِ السَّنَةِ كَالْمُقَاسَمَةِ

الْقَائِمَةِ مَقَامَ الْأُجْرَةِ، أَوْ إِنْ كَانَ اسْتِغْلَالُ الْأَرْضِ لِجِهَةِ الْوَقْفِ مِنْ مَالِهِ فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ كُلُّ مَن اتَّصَفَ بِصِفَةِ الِاسْتِحْقَاقِ فِي ذَلِكَ الْعَامِ مِنْهُ، حَتَّى مَنْ مَاتَ فِي أَثْنَائِهِ اسْتَحَقَّ بِقِسْطِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الزَّرْعُ قَدْ وُجِدَ، حَتَّى لَوْ تَأَخَّرَ إِدْرَاكُ ذَلِكَ الْعَامِ إِلَى أَثْنَاءِ الْعَامِ الَّذِي بَعْدَهُ لَمْ يَسْتَحِقَّ مِنْهُ مَنْ تَجَدَّدَ اسْتِحْقَاقُهُ فِي عَامِ الْإِدْرَاكِ، وَاسْتَحَقَّ مِنْهُ مَنْ مَاتَ فِي الْعَامِ الَّذِي قَبْلَهُ، وَبِنَحْوِ ذَلِكَ أَفْتَى الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَأَفْتَى الشَّيْخُ شَمْسُ الدِّينِ بْنُ أَبِي عُمَرَ بِأَنَّ الِاعْتِنَاءَ فِي ذَلِكَ بِسَنَةِ الْمُغَلِّ دُونَ السَّنَةِ الْهِلَالِيَّةِ فِي جَمَاعَةٍ مُقَرِّينَ فِي تُرْبَةٍ حَصَلَ لَهُمْ حَاصِلٌ مِنْ قَرْيَتِهِم الْمَوْقُوفَةِ عَلَيْهِمْ يَطْلُبُونَ أَنْ يَأْخُذُوا مَا اسْتَحَقُّوهُ عَنِ الْمَاضِي، وَهُوَ مُغَلّ سَنَةَ خَمْسٍ وَأَرْبَعِينَ مَثَلًا، فَهَلْ يَصْرِفُ إِلَيْهِم النَّاظِرُ بِحِسَابِ سَنَةِ الْمُغَلّ، مَعَ أَنَّهُ قَدْ نَزَلَ بَعْدَ هَؤُلَاءِ الْمُتَقَدِّمِينَ جَمَاعَةٌ شَارَكُوا فِي حِسَابِ سَنَةِ الْمُغَلِّ؟

فَإِنْ أَخَذَ أُولَئِكَ عَلَى حِسَابِ السَّنَةِ الْهِلَالِيَّةِ لَمْ يَبْقَ لِلْمُتَأَخِّرِينَ إِلَّا شَيْءٌ يَسِيرٌ، فَأَجَابَ بِأَنَّهُ لَا يُحْتَسَبُ إِلَّا بِسَنَةِ الْمُغَلِّ دُونَ الْهِلَالِيَّةِ، وَوَافَقَهُ جَمَاعَةٌ مِنَ الشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَفِيَّةِ عَلَى ذَلِكَ.




الْقَاعِدَةُ الرَّابِعَةُ وَالثَّمَانُونَ

الحَمْلُ هَلْ لَهُ حُكْمٌ قَبْلَ انْفِصَالِهِ أَمْ لَا؟

حَكَى الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُمَا فِي المَسْأَلَةِ رِوَايَتَيْنِ، قَالُوا: وَالصَّحِيحُ مِنَ المَذْهَبِ أَنَّ لَهُ حُكْمًا، وَهَذَا الْكَلَامُ عَلَى إِطْلَاقِهِ قَدْ يُسْتَشْكَلُ، فَإِنَّ الحَمْلَ يَتَعَلَّقُ بِهِ أَحْكَامٌ كَثِيرَةٌ ثَابِتَةٌ بِالِاتِّفَاقِ، مِثْلُ عَزْلِ المِيرَاثِ لَهُ، وَصِحَّةِ الْوَصِيَّةِ لَهُ، وَوُجُوبِ الْغُرَّةِ بِقَتْلِهِ، وَتَأْخِيرِ إِقَامَةِ الحُدُودِ، وَاسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ مِنْ أُمِّهِ حَتَّى تَضَعَهُ، وَإِبَاحَةِ الْفِطْرِ لَهَا إِذَا خَشِيَتْ عَلَيْهِ، وَوُجُوبِ النَّفَقَةِ لَهَا إِذَا كَانَتْ بَائِنًا، وَإِبَاحَةِ طَلَاقِهَا وَإِنْ كَانَتْ مَوْطُوءَةً فِي ذَلِكَ الطُّهْرِ قَبْلَ ظُهُورِهِ، إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْأَحْكَامِ، وَلَمْ يُرِيدُوا إِدْخَالَ مِثْلِ هَذِهِ الْأَحْكَامِ فِي مَحَلِّ الرِّوَايَتَيْنِ.

وَفَصْلُ الْقَوْلِ فِي ذَلِكَ أَنَّ الْأَحْكَامَ المُتَعَلِّقَةَ بِالحَمْلِ نَوْعَانِ:

أَحَدُهُمَا: مَا يَتَعَلَّقُ بِسَبَبِ الحَمْلِ بِغَيْرِهِ؛ فَهَذَا ثَابِتٌ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّ الْأَحْكَامَ الشَّرْعِيَّةَ تَتَعَلَّقُ عَلَى الْأَسْبَابِ الظَّاهِرَةِ، فَإِذَا ظَهَرَتْ أَمَارَةُ الحَمْلِ كَانَ وُجُودُهُ هُوَ الظَّاهِرَ، فَتُرَتَّبُ عَلَيْهِ أَحْكَامُهُ فِي الظَّاهِرِ، فَإِنْ خَرَجَ حَيًّا تَبَيَّنَّا ثُبُوتَ تِلْكَ الْأَحْكَامِ فِي الْبَاطِنِ، وَإِنْ بَانَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ حَمْلٌ أَوْ خَرَجَ مَيِّتًا تَبَيَّنَّا فَسَادَ مَا يَتَعَلَّقُ مِنَ الْأَحْكَامِ بِهِ أَوْ بِحَيَاتِهِ؛ كَإِرْثِهِ وَوَصِيَّتِهِ، وَهَذِهِ الْأَحْكَامُ كَثِيرَةٌ جِدًّا، وَبَعْضُهَا مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، وَبَعْضُهَا فِيهِ اخْتِلَافٌ:

فَمِنْ أَحْكَامِهِ: إِذَا مَاتَتْ كَافِرَةً وَفِي بَطْنِهَا حَمْلٌ مَحْكُومٌ بِإِسْلَامِهِ لَمْ تُدْفَنْ فِي مَقَابِرِ الْكُفَّارِ لِحُرْمَةِ الحَمْلِ.

وَمِنْهَا: إِخْرَاجُ الْفِطْرَةِ عَنِ الحَمْلِ، وَهِيَ مُسْتَحَبَّةٌ، وَفِي وُجُوبِهَا طَرِيقَانِ لِلْأَصْحَابِ: مِنْهُمْ مَنْ جَزَمَ بِنَفْيِ الْوُجُوبِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: فِي المَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ.

وَمِنْهَا: فِطْرُ الحَامِلِ إِذَا خَافَتْ عَلَى جَنِينِهَا مِنَ الصَّوْمِ، وَيَجِبُ عَلَيْهَا الْقَضَاءُ وَالْكَفَّارَةُ، وَهَلِ الْكَفَّارَةُ مِنْ مَالِـهَا أَوْ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَنْ يَلْزَمُهُ نَفَقَةُ الحَمْلِ؟

عَلَى احْتِمَالَيْنِ، ذَكَرَهُمَا ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُنُونِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً فَبَانَتْ حَامِلًا، فَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ أَنَّ الْبَائِعَ إِنْ أَقَرَّ بِوَطْئِهَا رُدَّتْ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ لَهُ، وَإِنْ أَنْكَرَ فَإِنْ شَاءَ المُشْتَرِي رَدَّهَا وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَرُدَّهَا، فَأَبْطَلَ الْبَيْعُ مَعَ إِقْرَارِ الْبَائِعِ بِالْوَطْءِ بِمُجَرَّدِ تَبَيُّنِ الحَمْلِ، وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: عِنْدِي لَا يَجِبُ الرَّدُّ حَتَّى تَضَعَ مَا تَصِيرُ بِهِ الْأَمَةُ أُمَّ وَلَدٍ؛ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ.

وَهَذَا تَفْرِيعٌ عَلَى قَوْلِنَا بِصِحَّةِ الْبَيْعِ قَبْلَ الِاسْتِبْرَاءِ، فَأَمَّا عَلَى الرِّوَايَةِ فَالْبَيْعُ مِنْ أَصْلِهِ بَاطِلٌ لِعَدَمِ اسْتِبْرَاءِ الْبَائِعِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَطِئَ الرَّاهِنُ أَمَتَهُ المَرْهُونَةَ فَأَحْبَلَهَا خَرَجَتْ مِنَ الرَّهْنِ، وَلَزِمَهُ قِيمَتُهَا تَكُونُ رَهْنًا، كَذَا قَالَهُ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: يَتَأَخَّرُ الضَّمَانُ حَتَّى تَضَعَ، فَيَلْزَمُهُ قِيمَتُهَا يَوْمَ أَحْبَلَهَا.

وَمِنْهَا: إِذَا وَطِئَ جَارِيَةً مِنَ المَغْنَمِ فَحَمَلَتْ، فَإِنَّهَا تُقَوَّمُ عَلَيْهِ فِي الحَالِ، وَتَصِيرُ

مُسْتَوْلَدَةً لَهُ، هَذَا هُوَ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ، وَقَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: لَا تَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْغَنِيمَةَ لَا تُمْلَكُ بِدُونِ الْقِسْمَةِ، لَكِنْ يُمْنَعُ مِنْ بَيْعِهَا لِكَوْنِهَا حَامِلًا بِحُرٍّ، وَلَا يؤَخّرُ قِسْمَتهَا، فَتعَيَّنَ أَنْ يُحْسَبَ عَلَيْهِ مِنْ نَصِيبِهِ كَذَلِكَ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ لِزَوْجَتِهِ: إِنْ كُنْتِ حَامِلًا فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةٍ أَنَّهُ يَنْظُرُ إِلَيْهَا النِّسَاءُ، فَإِنْ خَفِيَ عَلَيْهِنَّ فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِتِسْعَةِ أَشْهُرٍ أَوْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ حَنِثَ، فَأَوْقَعَ الطَّلَاقَ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ بِالحَمْلِ أَوْ بِوِلَادَتِهَا لِغَالِبِ مُدَّةِ الحَمْلِ عِنْدَ خَفَائِهِ.

وَصَحَّحَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنَ الجَامِعِ هَذِهِ الرِّوَايَةَ، وَقَالَ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ: إِنْ وَلَدَتْ لِأَكْثَرَ مِنْ نِهَايَةِ مُدَّةِ الحَمْلِ لَمْ تَطْلُقْ، وَإِنْ وَلَدَتْ لِدُونِ أَكْثَرِ مُدَّةِ الحَمْلِ فَإِنْ كَانَ لَمْ يَطَأْهَا بَعْدَ الْيَمِينِ طَلُقَتْ، وَإِنْ وَطِئَهَا بَعْدَ الْيَمِينِ فَإِنْ وَلَدَتْ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ أَوَّلِ الْوَطْءِ طَلُقَتْ، وَإِنْ وَلَدَتْ لِأَكْثَرَ مِنْهُ فَوَجْهَانِ:

أَشْهَرُهُمَا: لَا تَطْلُقُ، وَجَعَلَهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَجْهًا وَاحِدًا لِاحْتِمَالِ الْعُلُوقِ بِهِ مِنَ الْوَطْءِ الْمُتَجَدِّدِ.

وَالثَّانِي: تَطْلُقُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُهُ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ: لَا تَطْلُقُ حَتَّى تَضَعَهُ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ بِكُلِّ حَالٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ وُجُودُهُ عِنْدَ الْيَمِينِ بِدُونِ ذَلِكَ، وَالطَّلَاقُ لَا يَقَعُ مَعَ الشَّكِّ وَالِاحْتِمَالِ.

وَمِنْهَا: إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ زَوْجَةٌ لَهَا وَلَدٌ مِنْ غَيْرِهِ، فَمَاتَ وَلَا أَبَ لَهُ، وَقَدْ كَانَ تَقَدَّمَ مِنَ الزَّوْجِ وَطْءُ هَذِهِ الزَّوْجَةِ، فَإِنَّهُ يُمْنَعُ مِنْ وَطْئِهَا بَعْدَ مَوْتِ وَلَدِهَا حَتَّى يَتَبَيَّنَ هَلْ هِيَ حَامِلٌ مِنْ وَطْئِهِ الْمُتَقَدِّمِ أَمْ لَا، لِأَجْلِ مِيرَاثِ الحَمْلِ مِنْ أَخِيهِ.

وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ عَبْدٌ تَحْتَهُ حُرَّةٌ قَدْ وَطِئَهَا، وَلَهُ أَخٌ حُرٌّ، فَيَمُوتُ أَخُوهُ الحُرُّ، فَإِنَّهُ يُمْنَعُ مِنْ وَطْءِ زَوْجَتِهِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ هَلْ هِيَ حَامِلٌ أَمْ لَا؛ لِأَجْلِ مِيرَاثِ الحَمْلِ مِنْ عَمِّهِ، ثُمَّ إِنْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينِ المَوْتِ فَإِنَّهُ يَرِثُ بِلَا إِشْكَالٍ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَلِأَقَلَّ مِنْ أَكْثَرِ مُدَّةِ الحَمْلِ، فَإِنْ كَفَّ الزَّوْجُ عَنِ الْوَطْءِ مِنْ حِينِ المَوْتِ وَرِثَ الحَمْلُ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهَا كَانَتْ حَامِلًا.

قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً لَـهَا ابْنٌ مِنْ غَيْرِهِ فَيَمُوتُ: إِنَّهَا إِنْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ مَاتَ مِنْهَا وَرَّثْنَاهُ، وَإِنْ جَاءَتْ بِالْوَلَدِ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ لَمْ نُوَرِّثْهُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ، وَيَكُفُّ عَنِ امْرَأَتِهِ إِذَا مَاتَ وَلَدُهَا، فَإِنْ لَمْ يَكُفَّ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَلَا أَدْرِي هُوَ أَخُوهُ أَمْ لَا، وَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ إِنْ كَفَّ عَنِ الْوَطْءِ وَرِثَ الْوَلَدُ وَإِنْ لَمْ يَكُفَّ فَإِنْ جَاءَتْ بِالْوَلَدِ بَعْدَ الْوَطْءِ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَرِثَ أَيْضًا، وَكَانَ كَمَنْ لَمْ يَطَأْ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ أَنَّهُ لَا يَرِثُ.

وَبِهِ جَزَمَ الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ، إِلَّا أَنْ يُقِرَّ الْوَرَثَةُ أَنَّهَا كَانَتْ حَامِلًا يَوْمَ مَوْتِ وَلَدِهَا، وَقَالَ فِي الجَامِعِ الْكَبِيرِ: يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ خَرَّجَهُمَا مِنْ مَسْأَلَةِ تَعْلِيقِ الطَّلَاقِ عَلَى الحَمْلِ الَّتِي تَقَدَّمَتْ.

النَّوْعُ الثَّانِي: الْأَحْكَامُ الثَّابِتَةُ لِلْحَمْلِ فِي نَفْسِهِ مِنْ مِلْكٍ وَتَمَلُّكٍ وَعِتْقٍ وَحُكْمٍ بِإِسْلَامٍ وَاسْتِلْحَاقِ نَسَبٍ وَنَفْيِهِ وَضَمَانٍ وَنَفَقَةٍ، وَهَذَا النَّوْعُ هُوَ مُرَادُ مَنْ حَكَى الخِلَافَ فِي الحَمْلِ لَهُ حُكْمٌ أَمْ لَا؟

وَبَعْضُ هَذِهِ الْأَحْكَامِ ثَابِتَةٌ بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَلْنَذْكُرْ جُمْلَةً مِنْ هَذِهِ الْأَحْكَامِ:

فَمِنْهَا: وُجُوبُ النَّفَقَةِ لَهُ، فَيَجِبُ نَفَقَةُ الحَمْلِ عَلَى الْأَبِ، وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً، لَا نَفَقَةَ لَـهَا كَالْبَائِنِ بِالِاتِّفَاقِ، وَهَذِهِ النَّفَقَةُ لِلْحَمْلِ، لَا لِأُمِّهِ، عَلَى أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ، وَهِيَ اخْتِيَارُ الخِرَقِيِّ وَأَبِي بَكْرٍ، وَلِهَذَا يَدُورُ مَعَهُ وُجُودًا وَعَدَمًا، فَعَلَى هَذِهِ يَجِبُ مَعَ نُشُوزِ الْأُمِّ وَكَوْنِهَا حَامِلًا مِنْ وَطْءِ شُبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ، وَيَجِبُ عَلَى سَائِرِ مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ الْأَقَارِبِ مَعَ فَقْدِ الْأَبِ بِالمَوْتِ أَوِ الْإِعْسَارِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَصَاحِبُ المُحَرَّرِ، وَتَسْقُطُ بِيَسَارِ الحَمْلِ إِذَا حُكِمَ لَهُ بِمِلْكٍ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي أَيْضًا فِي الخِلَافِ، وَظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي كِتَابِ الرِّوَايَتَيْنِ يُخَالِفُ ذَلِكَ، وَيَجِبُ الْإِنْفَاقُ فِي مُدَّةِ الحَمْلِ، وَلَا يَقِفُ عَلَى الْوَضْعِ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ.

وَخَرَّجَ الْآمِدِيُّ وَأَبُو الخَطَّابِ وَجْهًا إِذَا قُلْنَا: لَا حُكْمَ لِلْحَمْلِ، أَنَّهُ لَا يَجِبُ لِلْحَمْلِ نَفَقَةٌ حَتَّى يَنْفَصِلَ، فَتَرْجِعُ بِهَا، وَهُوَ ضَعِيفٌ مُصَادِمٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وَأَمَّا أُمُّ الْوَلَدِ إِذَا مَاتَ عَنْهَا سَيِّدُهَا وَهِيَ حَامِلٌ، فَلَيْسَتْ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ، وَإِنْ كَانَ أَبُو الخَطَّابِ ذَكَرَ فِي وُجُوبِ النَّفَقَةِ لَـهَا لِأَجْلِ الحَمْلِ رِوَايَتَيْنِ، بَلْ نَفَقَةُ هَذِهِ مِنْ جِنْسِ نَفَقَةِ الحَامِلِ المُتَوَفَّى عَنْهَا.

وَفِيهَا أَيْضًا رِوَايَتَانِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مَبْنِيًّا عَلَى أَنَّ النَّفَقَةَ لِلْحَمْلِ أَوْ لِلْحَامِلِ كَمَا زَعَمَ ابْنُ الزَّاغُونِيِّ وَغَيْرُهُ، فَإِنَّ نَفَقَةَ الْأَقَارِبِ تَسْقُطُ بِالمَوْتِ، وَلَكِنْ هَذَا مِنْ بَابِ النَّفَقَةِ عَلَى المَحْبُوسَةِ بِحَقِّ الزَّوْجِ مِنْ مَالِهِ؛ كَنَفَقَةِ الْبَائِنِ الحَامِلِ، نَعَمْ، إِنْ يَتَوَجَّهْ أَنْ يُقَالَ: إِنْ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لِلْحَامِلِ وَجَبَتْ كَنَفَقَةِ أُمِّ الْوَلَدِ وَالمُتَوَفَّى عَنْهَا مِنَ التَّرِكَةِ؛ لِأَنَّهُمَا مَحْبُوسَتَانِ لِحَقِّ الزَّوْجِ، فَإِذَا وَجَبَتْ لَهُمَا نَفَقَةٌ فَهِيَ مِنْ مَالِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لِلْحَمْلِ فَهِيَ عَلَى الْوَرَثَةِ كَمَا سَبَقَ، وَهَذَا عَكْسُ مَا ذَكَرَهُ ابْنُ الزَّاغُونِيِّ

وَغَيْرُهُ، وَفِي نَفَقَةِ أُمِّ الْوَلَدِ الحَامِلِ ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ عَنْ أَحْمَدَ:

أَحَدُهَا: لَا نَفَقَةَ لَـهَا. نَقَلَهَا حَرْبٌ، وَابْنُ بختان.

وَالثَّانِي: يُنْفَقُ عَلَيْهَا مِنْ نَصِيبِ مَا فِي بَطْنِهَا. نَقَلَهَا مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى الْكَحَّالُ.

وَالثَّالِثَةُ: إِنْ لَمْ تَكُنْ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا قَبْلَ ذَلِكَ فَنَفَقَتُهَا مِنْ جَمِيعِ المَالِ إِذَا كَانَتْ حَامِلًا، وَإِنْ كَانَتْ وَلَدَتْ قَبْلَ ذَلِكَ فَهِيَ فِي عِدَادِ الْأَحْرَارِ يُنْفَقُ عَلَيْهَا مِنْ نَصِيبِهَا. نَقَلَهَا عَنْهُ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ.

وَهِيَ مُشْكِلَةٌ جِدًّا، وَمَعْنَاهَا عِنْدِي -وَاللهُ أَعْلَمُ- أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ حَامِلًا وَلَمْ تَضَعْ مِنْ سَيِّدِهَا قَبْلَ ذَلِكَ، فَنَفَقَتُهَا مِنْ جَمِيعِ المَالِ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ حَبْسِهَا عَلَى سَيِّدِهَا بِالحَمْلِ، فَتَكُونُ النَّفَقَةُ عَلَيْهِ، حَيْثُ لَمْ يَثْبُتْ اسْتِيلَادُهَا بَعْدُ، وَيَجُوزُ أَنْ لَا تَصِيرَ أُمَّ وَلَدٍ بِالْكُلِّيَّةِ وَتُسْتَرَقُّ، فَإِذَا أَنْفَقَ عَلَيْهَا مِنْ جَمِيعِ المَالِ فَإِنْ بَيَّنَ عِتْقَهَا وَقَدِ اسْتَوْفَتِ الْوَاجِبَ لَـهَا، وَإِنْ رَقَّتْ لَمْ يَذْهَبْ عَلَى الْوَرَثَةِ شَيْءٌ مِنْ حَيْثُ أُنْفِقَ عَلَى رَقِيقِهِمْ مِنْ مَالِهِمْ، وَإِنْ كَانَتْ وَلَدَتْ قَبْلَ ذَلِكَ مِنْ سَيِّدِهَا فَقَدْ ثَبَتَ لَـهَا حُكْمُ الِاسْتِيلَادِ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ: هِيَ فِي عِدَادِ الْأَحْرَارِ، وَحِينَئِذٍ تُعْتَقُ لِمَوْتِ السَّيِّدِ بِلَا رَيْبٍ، فَإِيجَابُ نَفَقَتِهَا عَلَى وَلَدِهَا أَوْلَى مِنْ إِيجَابِهَا مِنْ مَالِ سَيِّدِهَا، وَنَزِيدُهُ إِيضَاحًا فِي المَسْأَلَةِ الْآتِيَةِ.

وَمِنْهَا: وُجُوبُ نَفَقَةِ الْأَقَارِبِ عَلَى الحَمْلِ مِنْ مَالِهِ، وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْكَحَّالِ أَنَّ نَفَقَةَ أُمِّ الْوَلَدِ الحَامِلِ مِنْ نَصِيبِ مَا فِي بَطْنِهَا، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَاسْتَشْكَلَهُ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ؛ قَالَ: لِأَنَّ الحَمْلَ إِنَّمَا يَرِثُ بِشَرْطِ خُرُوجِهِ حَيًّا، وَيُوقَفُ نَصِيبُهُ، فَكَيْفَ يُتَصَرَّفُ فِيهِ قَبْلَ تَحَقُّقِ الشَّرْطِ؟

وَيُجَابُ عَنْهُ بِأَنَّ هَذَا النَّصَّ يَشْهَدُ لِثُبُوتِ مِلْكِهِ بِالْإِرْثِ مِنْ حِينِ مَوْتِ مَوْرُوثِهِ، وَإِنَّمَا خُرُوجُهُ حَيًّا يَتَبَيَّنُ بِهِ وُجُودُ ذَلِكَ، فَإِذَا حَكَمْنَا لَهُ بِالْمِلْكِ ظَاهِرًا جَازَ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِالنَّفَقَةِ الْوَاجِبَةِ عَلَيْهِ، وَعَلَى مَنْ يَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ، لَا سِيَّمَا وَالنَّفَقَةُ عَلَى أُمِّهِ يَعُودُ نَفْعُهَا إِلَيْهِ، كَمَا يُتَصَرَّفُ فِي مَالِ الْمَفْقُودِ إِذَا غَلَبَ عَلَى الظَّنِّ هَلَاكُهُ، وَيُقَسَّمُ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ، وَإِنْ جَازَ أَنْ يَكُونَ حَيًّا، بَلْ هُوَ الْأَصْلُ حَتَّى لَوْ قَدِمَ حَيًّا، وَقَد اسْتُهْلِكَ مَالُهُ فِي أَيْدِي الْوَرَثَةِ، فَفِي ضَمَانِهِ رِوَايَتَانِ، وَكَذَا يُقَالُ فِي مَالِ الْحَمْلِ، وَيَشْهَدُ لَهُ إِذَا أَنْفَقَ الزَّوْجُ عَلَى الْبَائِنِ، يَظُنُّهَا حَامِلًا، ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهَا لَمْ تَكُنْ حَامِلًا، فَفِي الرُّجُوعِ رِوَايَتَانِ أَيْضًا، وَقَدْ يُحْمَلُ إِيجَابُ الْأُمِّ مِنْ نَصِيبِ الْحَمْلِ عَلَى أَنَّ الْأُمَّ تَرْجِعُ بِهِ عَلَى نَصِيبِهِ إِذَا وَضَعَتْهُ حَيًّا، وَفِيهِ بُعْدٌ.

وَمِنْهَا: مَلَكَهُ بِالْمِيرَاثِ، وَهُوَ مُنْفَقٌ عَلَيْهِ فِي الْجُمْلَةِ، لَكِنْ هَلْ يَثْبُتُ لَهُ الْمِلْكُ بِمُجَرَّدِ مَوْتِ مَوْرُوثِهِ، وَتَبَيَّنَ ذَلِكَ بِخُرُوجِهِ حَيًّا أَوْ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ الْمِلْكُ حَتَّى يَنْفَصِلَ حَيًّا؟

فِيهِ خِلَافٌ بَيْنَ الْأَصْحَابِ، وَهَذَا الْخِلَافُ مُطَّرِدٌ فِي سَائِرِ أَحْكَامِهِ الثَّابِتَةِ لَهُ، هَلْ هِيَ مُعَلَّقَةٌ بِشَرْطِ انْفِصَالِهِ حَيًّا فَلَا يَثْبُتُ قَبْلَهُ، أَوْ هِيَ ثَابِتَةٌ لَهُ فِي حَالِ كَوْنِهِ حَامِلًا، لَكِنَّ ثُبُوتَهَا مُرَاعًى بِانْفِصَالِهِ حَيًّا، فَإِذَا انْفَصَلَ حَيًّا تَبَيَّنَّا ثُبُوتَهَا مِنْ حِينِ وُجُودِ أَسْبَابِهَا، وَهَذَا هُوَ تَحْقِيقُ مَعْنَى قَوْلِ مَنْ قَالَ: هَلِ الْحَمْلُ لَهُ حُكْمٌ أَمْ لَا؟

وَالَّذِي يَقْتَضِيهِ نَصُّ أَحْمَدَ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَى أُمِّهِ مِنْ نَصِيبِهِ أَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ الْمِلْكُ بِالْإِرْثِ مِنْ حِينِ مَوْتِ أَبِيهِ، وَصَرَّحَ بِذَلِكَ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ مِنَ الْأَصْحَابِ،

وَنُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى خِلَافِهِ أَيْضًا، فَرَوَى عَنْهُ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ فِي نَصْرَانِيٍّ مَاتَ وَامْرَأَتُهُ نَصْرَانِيَّةٌ، وَكَانَتْ حُبْلَى فَأَسْلَمَتْ بَعْدَ مَوْتِهِ، ثُمَّ وَلَدَتْ، هَلْ تَرِثُ؟ قَالَ: لَا، وَقَالَ: إِنَّمَا مَاتَ أَبُوهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ مَا هُوَ، وَإِنَّمَا يَرِثُ بِالْوِلَادَةِ، وَحَكَمَ لَهُ بِحُكْمِ الْإِسْلَامِ.

وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى الْكَحَّالُ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللهِ: مَاتَ نَصْرَانِيٌّ وَامْرَأَتُهُ حَامِلٌ فَأَسْلَمَتْ بَعْدَ مَوْتِهِ قَالَ: مَا فِي بَطْنِهَا مُسْلِمٌ. قُلْتُ: يَرِثُ أَبَاهُ إِذَا كَانَ كَافِرًا وَهُوَ مُسْلِمٌ؟ قَالَ: لَا يَرِثُهُ.

فَصَرَّحَ بِالْمَنْعِ مِنْ إِرْثِهِ مِنْ أَبِيهِ، مُعَلِّلًا بِأَنَّ إِرْثَهُ يَتَأَخَّرُ إِلَى مَا بَعْدَ وِلَادَتِهِ؛ لِأَنَّهُ قَبْلَ ذَلِكَ مَشْكُوكٌ فِي وُجُودِهِ، وَإِذَا تَأَخَّرَ تَوْرِيثُهُ إِلَى مَا بَعْدَ الْوِلَادَةِ فَقَدْ سَبَقَ الْحُكْمُ بِإِسْلَامِهِ زَمَنَ الْوِلَادَةِ إِمَّا بِإِسْلَامِ أُمِّهِ كَمَا دَلَّ عَلَيْهِ كَلَامُ أَحْمَدَ هُنَا، أَوْ بِمَوْتِ أَبِيهِ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، وَالْحُكْمُ بِالْإِسْلَامِ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْعِلْمِ بِهِ، بِخِلَافِ التَّوْرِيثِ، وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى أَنَّ التَّوْرِيثَ يَتَأَخَّرُ عَنْ مَوْتِ الْمَوْرُوثِ إِذَا انْعَقَدَ سَبَبُهُ فِي حَيَاةِ الْمَوْرُوثِ، وَأُصُولُ أَحْمَدَ تَشْهَدُ لِذَلِكَ فِي إِسْلَامِ الْقَرِيبِ الْكَافِرِ قَبْلَ قِسْمَةِ الْمِيرَاثِ.

وَأَمَّا عَلَى مَا صَرَّحَ بِهِ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ، وَهُوَ مُقْتَضَى رِوَايَةِ الْكَحَّالِ فِي النَّفَقَةِ، فَيَرِثُ الْحَمْلُ بِمَوْتِ أَبِيهِ مِنْهُ، وَإِنْ قُلْنَا: يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ بِمَوْتِ أَحَدِ أَبَوَيْهِ كَمَا سَبَقَ تَقْرِيرُهُ فِي قَاعِدَةِ اقْتِرَانِ الْحُكْمِ وَمَانِعِهِ.

وَأَمَّا إِنْ قِيلَ: لَا يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ بِمَوْتِ أَحَدٍ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ وَاضِحٌ لَا خَفَاءَ فِيهِ، وَقَدْ أَلَمَّ بِهِ بَعْضُ الْأَصْحَابِ.

وَأَمَّا الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ فَاضْطَرَبُوا فِي تَخْرِيجِ كَلَامِ أَحْمَدَ، وَلِلْقَاضِي فِي تَخْرِيجِهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ:

الْأَوَّلُ: أَنَّ إِسْلَامَهُ قَبْلَ قِسْمَةِ المِيرَاثِ أَوْجَبَ مَنْعَهُ مِنَ التَّوْرِيثِ، كَمَا أَنَّ إِسْلَامَ الْكَافِرِ قَبْلَ قِسْمَةِ مِيرَاثِ الْمُسْلِمِ يُوجِبُ تَوْرِيثَهُ اعْتِبَارًا بِالْقِسْمَةِ فِي التَّوْرِيثِ وَالمَنْعِ، وَهَذِهِ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ، وَابْنِ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ، وَهِيَ ظَاهِرَةُ الْفَسَادِ؛ لِأَنَّ إِسْلَامَ قَرِيبِ الْكَافِرِ بَعْدَ مَوْتِهِ وَثُبُوت إِرْثِهِ لَا يُسْقِطُ تَوْرِيثَهُ مِنْهُ بِغَيْرِ خِلَافٍ، فَإِنَّ تَوْرِيثَ الْمُسْلِمِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ ثَبَتَ تَرْغِيبًا فِي الْإِسْلَامِ وَحَثًّا عَلَيْهِ، وَهَذَا المَقْصُودُ يَنْعَكِسُ هَاهُنَا.

وَالثَّانِي: أَنَّ هَذِهِ الصُّورَةَ مِنْ جُمْلَةِ صُوَرِ تَوْرِيثِ الطِّفْلِ المَحْكُومِ بِإِسْلَامِهِ بِمَوْتِ أَبِيهِ مِنْهُ، وَنَصُّهُ هَذَا يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ التَّوْرِيثِ، فَيَكُونُ رِوَايَةً ثَانِيَةً فِي المَسْأَلَةِ، وَهَذِهِ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي كِتَابِ الرِّوَايَتَيْنِ، وَهِيَ ضَعِيفَةٌ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ صَرَّحَ بِالتَّعْلِيلِ بِغَيْرِ ذَلِكَ، وَلِأَنَّ تَوْرِيثَ الطِّفْلِ مِنْ أَبِيهِ الْكَافِرِ وَإِنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ بِمَوْتِهِ غَيْرُ مُخْتَلَفٍ فِيهِ، حَتَّى نَقَلَ ابْنُ المُنْذِرِ وَغَيْرُهُ عَلَيْهِ الْإِجْمَاعَ، فَلَا يَصِحُّ حَمْلُ كَلَامِ أَحْمَدَ عَلَى مَا يُخَالِفُ الْإِجْمَاعَ.

الثَّالِثُ: أَنَّ الحُكْمَ بِإِسْلَامِ هَذَا الطِّفْلِ جُعِلَ بِشَيْئَيْنِ؛ بِمَوْتِ أَبِيهِ وَإِسْلَامِ أُمِّهِ، وَهَذَا الثَّانِي مَانِعٌ قَوِيٌّ؛ لِأَنَّهُ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، فَلِذَلِكَ مُنِعَ المِيرَاثَ، بِخِلَافِ الْوَلَدِ المُنْفَصِلِ إِذَا مَاتَ أَحَدُ أَبَوَيْهِ، فَإِنَّهُ يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ وَلَا يُمْنَعُ إِرْثَهُ؛ لِأَنَّ المَانِعَ فِيهِ ضَعِيفٌ لِلِاخْتِلَافِ فِيهِ، وَهَذِهِ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَهِيَ ضَعِيفَةٌ أَيْضًا وَمُخَالِفَةٌ لِتَعْلِيلِ أَحْمَدَ؛ فَإِنَّ أَحْمَدَ إِنَّمَا عَلَّلَ بِسَبْقِ المَانِعِ لِتَوْرِيثِهِ، لَا بِقُوَّةِ المَانِعِ وَضَعْفِهِ، وَإِنَّمَا وَرَّثَ أَحْمَدُ مَنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ بِمَوْتِ أَحَدِ أَبَوَيْهِ لِمُقَارَنَةِ المَانِعِ، لَا لِضَعْفِهِ.

وَمِنْهَا: ثُبُوتُ المِلْكِ لَهُ بِالْوَصِيَّةِ، وَفِيهِ الخِلَافُ السَّابِقُ بِالتَّوْرِيثِ، وَاخْتَارَ الْقَاضِي أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَهُ تَعْلِيقٌ عَلَى خُرُوجِهِ حَيًّا، وَالْوَصِيَّةُ قَابِلَةٌ لِلتَّعْلِيقِ، بِخِلَافِ الْهِبَةِ، وَابْنُ عَقِيلٍ تَارَةً وَافَقَ شَيْخَهُ وَتَارَةً خَالَفَهُ، وَحُكِمَ بِثُبُوتِ المِلْكِ مِنْ حِينِ مَوْتِ الْمُوصِي وَقَبُولِ الْوَلِيِّ لَهُ، وَصَرَّحَ بِهِ أَبُو المَعَالِي التَّنُوخِيُّ، وَبِأَنَّهُ يَنْعَقِدُ الحَوْلُ عَلَيْهِ مِنْ حِينِ الحُكْمِ بِالمِلْكِ إِذَا كَانَ مَالًا زَكَوِيًّا، وَكَذَلِكَ فِي المَمْلُوكِ بِالْإِرْثِ.

وَحَكَى وَجْهًا آخَرَ أَنَّهُ لَا يَجْرِي فِي حَوْلِ الزَّكَاةِ حَتَّى تُوضَعَ لِلتَّرَدُّدِ فِي كَوْنِهِ حَيًّا مَالِكًا، فَهُوَ كَالْمُكَاتَبِ، وَلَا يُعْرَفُ هَذَا التَّفْرِيعُ فِي المَذْهَبِ.

وَمِنْهَا: الْإِقْرَارُ الْمُطْلَقُ لِلْحَمْلِ، هَلْ يَصِحُّ أَمْ لَا؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، وَقَالَ التَّمِيمِيُّ: لَا يَصِحُّ، وَقَالَ أَبُو حَامِدٍ وَالْقَاضِي: يَصِحُّ.

وَاخْتُلِفَ فِي مَأْخَذِ الْبُطْلَانِ، فَقِيلَ: لِأَنَّ الحَمْلَ لَا يَمْلِكُ إِلَّا بِالْإِرْثِ وَالْوَصِيَّةِ، فَلَوْ صَحَّ الْإِقْرَارُ لَهُ تَمَلَّكَ بِغَيْرِهِمَا، وَهُوَ فَاسِدٌ، فَإِنَّ الْإِقْرَارَ كَاشِفٌ لِلْمِلْكِ وَمُبَيِّنٌ لَهُ، لَا مُوجِبٌ لَهُ، وَقِيلَ: لِأَنَّ ظَاهِرَ الْإِطْلَاقِ يَنْصَرِفُ إِلَى الْمُعَامَلَةِ وَنَحْوِهَا، وَهِيَ مُسْتَحِيلَةٌ مَعَ الحَمْلِ، وَهُوَ ضَعِيفٌ؛ لِأَنَّهُ إِذَا صَحَّ لَهُ المِلْكُ تَوَجَّهَ حَمْلُ الْإِقْرَارِ مَعَ الْإِطْلَاقِ عَلَيْهِ، وَقِيلَ: لِأَنَّ الْإِقْرَارَ لِلْحَمْلِ تَعْلِيقٌ لَهُ عَلَى شَرْطٍ فِي الوِلَادَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بِدُونِ خُرُوجِهِ حَيًّا، وَالْإِقْرَارُ لَا يَقْبَلُ التَّعْلِيقَ، وَهَذِهِ طَرِيقَةُ ابْنِ عَقِيلٍ، وَهِيَ أَظْهَرُ، وَتَرْجِعُ المَسْأَلَةُ حِينَئِذٍ إِلَى ثُبُوتِ المِلْكِ لَهُ وَانْتِفَائِهِ كَمَا سَبَقَ.

وَمِنْهَا: اسْتِحْقَاقُ الحَمْلِ مِنَ الْوَقْفِ، وَالمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ كَمَا سَبَقَ أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ حَتَّى يُوضَعَ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ، وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: يَثْبُتُ

لَهُ اسْتِحْقَاقُ الْوَقْفِ فِي حَالِ كَوْنِهِ حَمْلًا، حَتَّى صَحَّحَ الْوَقْفَ عَلَى الحَمْلِ ابْتِدَاءً، وَقِيَاسُ قَوْلِهِ فِي الهِبَةِ كَذَلِكَ؛ إِذْ تَمْلِيكُ الحَمْلِ عِنْدَهُ تَمْلِيكٌ مُنجزٌ، لَا مُعَلَّقٌ، وَإِنَّمَا مَنَعَ الْقَاضِي صِحَّةَ الهِبَةِ لَهُ؛ لِأَنَّ تَمْلِيكَهُ مُعَلَّقٌ عَلَى خُرُوجِهِ حَيًّا، وَالهِبَةُ لَا تَقْبَلُ التَّعْلِيقَ.

وَأَفْتَى الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ بِاسْتِحْقَاقِ الحَمْلِ مِنَ الْوَقْفِ أَيْضًا، وَيُمْكِنُ التَّفْرِيقُ عَلَى المَنْصُوصِ بَيْنَ الْوَقْفِ وَغَيْرِهِ مِنَ الْإِرْثِ وَالْوَصِيَّةِ وَالهِبَةِ، فَإِنَّ الْوَقْفَ إِنَّمَا المَقْصُودُ مَنَافِعُهُ وَثَمَرَاتُهُ وَفَوَائِدُهُ، وَهِيَ مُسْتَحَقَّةٌ عَلَى التَّأْبِيدِ لِقَوْمٍ بَعْدَ قَوْمٍ، وَالحَمْلُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الِانْتِفَاعِ، فَلَا يَسْتَحِقُّ مِنْهُ شَيْئًا مَعَ وُجُودِ المُنْتَفِعِينَ بِهِ حَتَّى يُولَدَ وَيَحْتَاجَ إِلَى الِانْتِفَاعِ مَعَهُمْ، بِخِلَافِ المِلْكِ الَّذِي يَخْتَصُّ بِهِ وَاحِدٌ مُعَيَّنٌ لَا يُشَارِكُهُ فِيهِ غَيْرُهُ، فَإِنَّ هَذَا ثَبَتَ لِلْحَمْلِ، وَلَا يَجُوزُ انْتِزَاعُهُ مِنْهُ مَعَ وُجُودِهِ، وَيَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ صِحَّةُ الْوَقْفِ عَلَى الحَمْلِ المُعَيَّنِ دُونَ اسْتِحْقَاقِهِ مَعَ أَهْلِ الْوَقْفِ.

وَمِنْهَا: الْأَخْذُ لِلْحَمْلِ بِالشُّفْعَةِ إِذَا مَاتَ مُورِّثُهُ بَعْدَ المُطَالَبَةِ، قَالَ الْأَصْحَابُ: لَا يُؤْخَذُ لَهُ، ثُمَّ مِنْهُمْ مَنْ عَلَّلَ بِأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ وُجُودُهُ، وَمِنْهُمْ مَنْ عَلَّلَ بِانْتِفَاءِ مِلْكِهِ، وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ بِالْأَخْذِ لَهُ بِالشُّفْعَةِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ لَهُ حُكْمًا وَمِلْكًا.

وَمِنْهَا: اللِّعَانُ عَلَى الحَمْلِ، وَفِيهِ رِوَايَتَانِ ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَفِي كِتَابِ الرِّوَايَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: لَا يَصِحُّ نَفْيُهُ وَلَا الِالْتِعَانُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُحَقَّقٍ. نَقَلَهَا أَبُو طَالِبٍ وَحَنْبَلٌ وَالمَيْمُونِيُّ عَنْ أَحْمَدَ، وَعَلَّلَ بِاحْتِمَالِ كَوْنِهِ رِيحًا، وَهَذَا هُوَ المَذْهَبُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ.

وَالثَّانِيَة: تَلَاعُنٌ بِالحَمْلِ. نَقَلَهَا ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ، قَالَ الخَلَّالُ: هُوَ قَوْلٌ أَوَّلُ، وَذَكَرَ النَّجَّادُ أَنَّهُ هُوَ المَذْهَبُ، وَاخْتَارَهُ صَاحِبُ المُغْنِي.

وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ يُخَرَّجُ صِحَّةُ اسْتِلْحَاقِ الحَمْلِ وَالْإِقْرَارِ بِهِ؛ لِأَنَّ لُحُوقَ النَّسَبِ أَسْرَعُ ثُبُوتًا مِنْ نَفْيِهِ، وَالمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْإِقْرَارُ بِهِ، وَهُوَ مُنْزَلٌ عَلَى قَوْلِهِ: إِنَّهُ لَا يَنْتَفِي بِاللِّعَانِ عَلَيْهِ.

وَمِنْهَا: وُجُوبُ الْغُرَّةِ بِقَتْلِهِ إِذَا أَلْقَتْهُ أُمُّهُ مَيِّتًا مِنَ الضَّرْبِ، وَهُوَ ثَابِتٌ بِالسُّنَّةِ الصَّحِيحَةِ، وَقَدْ أَنْكَرَ النَّبِيّ ﷺ[1] عَلَى مَنِ اعْتَرَضَ عَلَى ذَلِكَ مُعَلِّلًا بِأَنَّهُ لَمْ يُشَارِكِ الْأَحْيَاءَ فِي صِفَاتِهِم الخَاصَّةِ مِنَ الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ وَالِاسْتِهْلَالِ، وَأَنَّ ذَلِكَ يَقْتَضِي إِهْدَارَهُ، وَنَسَبَهُ إِلَى أَنَّهُ مِنْ إِخْوَانِ الْكُهَّانِ، حَيْثُ تَكَلَّمَ بِكَلَامٍ مُسَجَّعٍ بَاطِلٍ فِي نَفْسِهِ، وَالْعَجَبُ كُلُّ الْعَجَبِ مِمَّنْ يَدَّعِي التَّحْقِيقَ وَيَرْتَضِي لِنَفْسِهِ مُشَارَكَةَ هَذَا المُعْتَرِضِ، وَيَقُولُ: الْقِيَاسُ يَقْتَضِي إِهْدَارَهُ.

وَلَيْسَ كَمَا ظَنَّهُ؛ فَإِنَّ هَذَا الجَنِينَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ صَادَفَهُ الضَّرْبُ وَفِيهِ حَيَاةٌ، وَيَكُونُ ذَلِكَ قَبْلَ وُجُودِ الحَيَاةِ فِيهِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَدْ فَارَقَتْهُ الحَيَاةُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ مَاتَ لَمْ يَسْتَقِرَّ فِي الْبَطْنِ، وَحِينَئِذٍ فَالجَانِي إِمَّا أَنْ يَكُونَ قَتَلَهُ أَوْ مَنَعَ انْعِقَادَ حَيَاتِهِ فَضَمِنَهُ بِالْغُرَّةِ لِتَفْوِيتِ انْعِقَادِ حَيَاتِهِ، كَمَا ضَمِنَ المَغْرُورُ وَلَدَهُ بِالْغُرَّةِ لِتَفْوِيتِ انْعِقَادِهِمْ أَرِقَّاءَ، وَلَمْ يَضْمَنُوا كَمَالَ الدِّيَةِ وَالْقِيمَةِ.

أَيْضًا فَإِنَّ دَلَائِلَ حَيَاتِهِ وَسُقُوطِهِ مَيِّتًا عَقِيبَ الضَّرْبَةِ كَالْقَاطِعِ بِأَنَّهَا هِيَ الَّتِي

(١) أخرجه البخاري: كتاب الطب، باب الكهانة، رقم (٥٧٥٨)، ومسلم: كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، رقم (١٦٨١).

قَتَلَتْهُ، وَلَعَلَّ ذَلِكَ الظَّنَّ فَوَّتَ مَرْتَبَةَ اللَّوثِ الْمُوجِبِ لِلْقَسَامَةِ، وَإِنْ مَاتَتْ أُمُّهُ قَبْلَهُ فَمَوْتُهَا سَبَبُ قَتْلِهِ بِالِاخْتِنَاقِ وَفَقْدِ التَّعَدِّي.

وَذَلِكَ يُوجِبُ الضَّمَانَ، وَلَا يُشْتَرَطُ الِانْفِصَالُ إِلَّا لِثُبُوتِ الضَّمَانِ فِي الظَّاهِرِ، فَلَوْ مَاتَتِ الْأُمُّ وَجَنِينُهَا وَجَبَ ضَمَانُهُمَا، لَكِنِ اشْتَرَطَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ الِانْفِصَالَ، قَالَ فِي امْرَأَةٍ قُتِلَتْ وَهِيَ حَامِلٌ: إِذَا لَمْ يُلْقَ الْجَنِينُ فَلَيْسَ فِيهِ شَيْءٌ. قَالَ الْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ: يَكْفِي أَنْ يَظْهَرَ مِنْهُ يَدٌ أَوْ رِجْلٌ أَوْ يَكُونَ قَدِ انْشَقَّ جَوْفُهَا فَشُوهِدَ الْجَنِينُ وَإِنْ لَمْ يَنْفَصِلْ ؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ بِحَالِهِ يَحْصُلُ بِذَلِكَ.

وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ: إِذَا كَانَ الْجَنِينُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ فَقُتِلَتِ الْأُمُّ وَمَاتَ الْجَنِينُ، فَعَلَى الْعَاقِلَةِ دِيَةُ الْأُمِّ وَدِيَةُ الْجَنِينِ، وَلَمْ يُشْتَرَطْ الِانْفِصَالُ، وَلَوْ مَاتَتِ امْرَأَةٌ وَشُوهِدَ لِجَوْفِهَا حَرَكَةٌ، ثُمَّ عُصِرَ جَوْفُهَا فَخَرَجَ الْجَنِينُ مَيِّتًا، فَهَلْ تَضْمَنُهُ الْعَاصِرَةُ؟ عَلَى احْتِمَالَيْنِ، ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي خِلَافِهِمَا:

أَحَدُهُمَا: تَضْمَنُهُ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ مَاتَ بِجِنَايَةِ الْعَصْرِ.

وَالثَّانِي: لَا يُضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ مُنْخَنِقٌ بِمَوْتِ أُمِّهِ، فَلَا يَبْقَى جِنَايَةٌ بَعْدَهَا.

وَهَلْ يَخْتَصُّ الضَّمَانُ بِجَنِينِ الْآدَمِيَّةِ أَمْ يَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهَا مِنَ الْحَيَوَانَاتِ؟

ذَهَبَ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ إِلَى الِاخْتِصَاصِ؛ لِأَنَّ ضَمَانَ الْجَنِينِ الْمَيِّتِ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ، قَالُوا: وَإِنَّمَا يَجِبُ ضَمَانُ مَا نَقَصَ مِنْ أُمِّهِ بِالْجِنَايَةِ، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ.

وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: يَجِبُ ضَمَانُ جَنِينِ الْبَهَائِمِ بِعُشْرِ قِيمَةِ أُمِّهِ كَجَنِينِ الْأَمَةِ، وَقِيَاسُهُ جَنِينُ الصَّيْدِ فِي الْحَرَمِ وَالْإِحْرَامِ، وَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ يُضْمَنُ بِمَا نَقَصَ أُمَّهُ أَيْضًا؛

لِأَنَّ غَيْرَ الْآدَمِيِّ لَا يُضْمَنُ بِمُقَدَّرٍ وَإِنَّمَا يُضْمَنُ بِمَا نَقَصَ.

وَلَوْ أَلْقَت الْبَهِيمَةُ بِالجِنَايَةِ جَنِينًا حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَاحْتِمَالَانِ، ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الرَّهْنِ:

أَحَدُهُمَا: يُضْمَنُ قِيمَةُ الْوَلَدِ حَيًّا لَا غَيْرُ.

وَالثَّانِي: عَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ مَا نَقَصَت الْأُمُّ.

وَكَذَلِكَ ذَكَرَ صَاحِبُ الْمُغْنِي فِي الْأَمَةِ إِذَا أَسْقَطَتِ الجَنِينَ، هَلْ يَجِبُ ضَمَانُهُ فَقَطْ أَم يَجِبُ مَعَهُ ضَمَانُ نَقْصِهَا أَوْ ضَمَانُ أَكْثَرِ الْأَمْرَيْنِ؟

ثَلَاثَةُ احْتِمَالَاتٍ، وَالمَذْهَبُ الْأَوَّلُ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْقَاضِي سِوَاهُ، وَخَرَّجَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ أَنَّ جَنِينَ الْأَمَةِ يُضْمَنُ بِمَا نَقَصَتْ أُمُّهُ لَا غَيْر؛ بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِ: إِنَّ الرَّقِيقَ لَا يُضْمَنُ بِمُقَدَّرٍ، بَلْ بِمَا يَنْقُصُ بِكُلِّ حَالٍ. وَلَوْ قَتَلَ صَيْدًا مَاخِضًا[1] فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: يَفْدِيهِ بِمِثْلِهِ مِنَ النَّعَمِ مَاخِضٍ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الخَطَّابِ.

وَالثَّانِي: يَفْدِيهِ بِقِيمَتِهِ مِثْلَهُ؛ لِأَنَّ اللَّحْمَ المَاخِضَ يَفْسُدُ، فَقِيمَةُ المِثْلِ أَزْيَدُ مِنْ قِيمَةِ لَحْمِهِ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي.

وَالثَّالِثُ: يُجْزِئُهُ أَنْ يَفْدِيَهُ بِمِثْلِهِ غَيْرَ مَاخِضٍ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الصِّفَةَ عَيْبٌ فِي اللَّحْمِ، فَلَا يُعْتَبَرُ فِي المِثْلِ كَسَائِرِ الْعُيُوبِ، ذَكَرَهُ فِي المُغْنِي احْتِمَالًا.

وَمِنْهَا: هَلْ يُوصَفُ قَتْلُ الجَنِينِ بِالْعَمْدِيَّةِ أَمْ لَا؟

---

(١) أي الدابّة التي قد دَنَا وِلادها.

قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِي امْرَأَةٍ شَرِبَتْ دَوَاءً فَأَسْقَطَتْ: إِنْ كَانَتْ تَعَمَّدَتْ فَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يُعْتِقَ رَقَبَةً، وَإِنْ سَقَطَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهَا لِأَبِيهِ، وَلَا يَكُونُ لِأُمِّهِ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهَا الْقَاتِلَةُ. قِيلَ لَهُ: فَإِنْ شَرِبَتْ عَمْدًا؟ قَالَ: هُوَ شَبِيهُ الْعَمْدِ، شَرِبَتْ وَلَا تَدْرِي يَسْقُطُ أَمْ لَا، عَسَى لَا يَسْقُطُ، الدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ.

وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْهُ عَمْدًا لِلشَّكِّ فِي وُجُودِهِ، لَا لِلشَّكِّ فِي الْإِسْقَاطِ بِالدَّوَاءِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ الْإِسْقَاطُ مَعْلُومًا كَمَا أَنَّ الْقَتْلَ بِالسُّمِّ وَنَحْوِهِ مَعْلُومٌ، وَمِنْ هَذِهِ الرِّوَايَةِ أَخَذَ الْأَصْحَابُ رِوَايَةَ وُجُوبِ الْكَفَّارَةِ بِقَتْلِ الْعَمْدِ، وَلَا يَصِحُّ ذَلِكَ فَإِنَّهُ صَرَّحَ بِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَمْدٍ، وَإِنَّمَا هُوَ شِبْهُ عَمْدٍ.

وَمِنْهَا: عِتْقُ الْجَنِينِ، هَلْ يَنْفُذُ مِنْ حِينِهِ أَوْ هُوَ مَوْقُوفٌ عَلَى خُرُوجِهِ حَيًّا؟ فِي الْمَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: يَنْفُذُ مِنْ حِينِهِ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ.

وَالثَّانِيَةُ: لَا يُعْتَقُ حَتَّى تَضَعَهُ حَيًّا، نَصَّ عَلَيْهَا فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ، قَالَ: لَا يَجِبُ الْعِتْقُ إِلَّا بِالْوِلَادَةِ وَهُوَ عَبْدٌ حَتَّى يُعْلَمَ أَنَّهُ حَيٌّ أَوْ مَيِّتٌ، وَكَذَلِكَ الْخِلَافُ إِذَا أُعْتِقَ تَبَعًا لِعِتْقِ أُمِّهِ أَوْ يَمْلِكُهُ مِمَّنْ يُعْتَقُ بِرَحِمٍ.

وَيَتَفَرَّعُ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ فُرُوعٌ:

الْفَرْعُ الْأَوَّلُ: لَوْ زَوَّجَ ابْنَهُ بِأَمَتِهِ، فَوَلَدَتْ وَلَدًا بَعْدَ مَوْتِ الْجَدِّ سَيِّدِ الْأَمَةِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَعْتِقُ الْحَمْلُ فَقَدْ عَتَقَ عَلَى جَدِّهِ، نَصَّ عَلَى ذَلِكَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ وَصَالِحٍ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَعْتِقُ حَتَّى يُوضَعَ فَهُوَ تَرِكَةٌ مَوْرُوثَةٌ عَنْ سَيِّدِهِ فَيَرِثُ مِنْهُ أَبُوهُ وَأَعْمَامُهُ بِقَدْرِ حِصَصِهِمْ، وَيَعْتِقُ عَلَيْهِمْ بِالْمِلْكِ، نَصَّ عَلَى ذَلِكَ أَحْمَدُ فِي

رِوَايَةِ المَرُّوذِيِّ، وَهَذَا لِأَنَّنَا إنْ قُلْنَا: لَيْسَ لِلْحَمْلِ حُكْمٌ فَالمَعْنَى أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ لَهُ حُكْمُ الْأَوْلَادِ المُسْتَقِلِّينَ، وَإِلَّا فَهُوَ مَوْجُودٌ حَقِيقَةً وَمُودَعٌ فِي أُمِّهِ، فَالمِلْكُ فِيهِ قَائِمٌ.

وَطَرَدَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ الخِلَافَ فِي ثُبُوتِ مِلْكِهِ أَيْضًا، وَذَكَرَا فِي الْوَصِيَّةِ أَنَّهُ لَوْ وَصَّى بِأَمَةٍ لِزَوْجِهَا وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ فَوَلَدَتْ فَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَمْلِ حُكْمٌ فَهُوَ مُوصًى بِهِ مَعَهَا يَتْبَعُهَا فِي الْوَصِيَّةِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا حُكْمَ لَهُ؛ لَمْ يَدْخُلْ فِي الْوَصِيَّةِ، وَكَانَ مِلْكًا لِمَنْ وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِهِ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ ثَبَتَ لَهُ حُكْمٌ بِظُهُورِهِ، فَإِنْ وَلَدَتْهُ فِي حَيَاةِ المُوصَى فَهُوَ لَهُ، أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِ وَقَبْلَ الْقَبُولِ فَهُوَ لِمَنْ حَكَمْنَا لَهُ بِالمِلْكِ فِي تِلْكَ الحَالِ عَلَى الخِلَافِ فِيهِ، وَإِنْ وَلَدَتْهُ بَعْدَ قَبُولِهِ فَهُوَ لَهُ وَيَعْتِقُ عَلَيْهِ، وَهَذَا يَقْتَضِي هَهُنَا أَنَّا إذَا قُلْنَا: لَا حُكْمَ لِلْحَمْلِ، وَلَا يَعْتِقُ عَلَى جَدِّهِ، فَمَاتَ الجَدُّ، وَوُضِعَ بَعْدَ مَوْتِهِ، أَنَّهُ إذَا كَان وَضْعُهُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَهُوَ مِلْكٌ لِمَنْ حَصَلَت الْأَمَةُ لَهُ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَهُوَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمْ، لَا لِأَنَّهُ مَوْرُوثٌ عَنْ أَبِيهِمْ، بَلْ لِأَنَّهُ نَمَاءُ مِلْكِهِم المُشْتَرَكِ، فَظَهَرَ بِهَذَا أَنَّ لِلْأَصْحَابِ فِي مَعْنَى كَوْنِ الحَمْلِ لَهُ حُكْمٌ أَوْ لَا حُكْمَ لَهُ طَرِيقَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ هَلْ هُوَ كَجُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ أُمِّهِ أَوْ كَالمَعْدُومِ، وَإِنَّمَا يُحْكَمُ بِوُجُودِهِ بِالْوَضْعِ.

وَالثَّانِي، وَهُوَ المَنْصُوصُ: أَنَّهُ مَمْلُوكٌ مُنْفَصِلٌ عَنْ أُمِّهِ وَمُودَعٌ فِيهَا، وَلَكِنْ هَلْ يَثْبُتُ لَهُ حُكْمُ الْوَلَدِ المُسْتَقِلِّ بِدُونِ انْفِصَالِهِ أَوْ لَا يَثْبُتُ لَهُ ذَلِكَ حَتَّى يَنْفَصِلَ.

الْفَرْعُ الثَّانِي: إذَا أَعْتَقَ الْأَمَةَ الحَامِلَ عتَقَ حَمْلُهَا مَعَهَا. وَلَكِنْ هَلْ يَقِفُ عِتْقُهُ عَلَى انْفِصَالِهِ أَوْ يُعْتَقُ مِنْ حِينِ عِتْقِ أُمِّهِ؟

عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَقِيَاسُ مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ بِالْكُلِّيَّةِ؛ إذْ هُوَ كَالمَعْدُومِ قَبْلَ الْوَضْعِ، وَهُوَ بَعِيدٌ جِدًّا؛ فَإِنَّ أَسْوَأَ مَا يُقَدَّرُ فِي الحَمْلِ أَنَّهُ وَرَدَ عَلَيْهِ الْعِتْقُ فِي حَالِ مَنَعَ مِنْ نُفُوذِهِ مَانِعٌ، فَوَقَفَ عَلَى زَوَالِهِ، كَعِتْقِ المَرِيضِ لِكُلِّ رَقِيقِهِ، فَإِنَّهُ يَقِفُ عَلَى إجَازَةِ الْوَرَثَةِ، وَمِنْ أَصْلِنَا أَنَّ الْعِتْقَ قَبْلَ المِلْكِ يَصِحُّ تَعْلِيقُهُ عَلَيْهِ فِي ظَاهِرِ المَذْهَبِ، فَإِنْ كَانَ أَصْلُهُ مَوْجُودًا فِي مِلْكِهِ صَحَّ تَعْلِيقُهُ بِغَيْرِ خِلَافٍ عِنْدَ المُحَقِّقِينَ، كَمَنْ قَالَ لِأَمَتِهِ: كُلُّ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ حُرٌّ، وَهَذَا الْعِتْقُ قَدْ بَاشَرَ بِالْعِتْقِ أَمَتَهُ وَحَمْلُهَا مُتَّصِلٌ بِهَا، فَوَقَفَ نُفُوذُ عِتْقِهِ عَلَى صَلَاحِيتِهِ لِلْعِتْقِ بِظُهُورِهِ.

وَقَدْ صَرَّحَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ بِأَنَّهُ لَوْ أَعْتَقَ الحَمْلَ، وَكَانَ عَلَقَةً عتَقَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَمْلُوكًا حِينَئِذٍ، نُظِرَ إِلَى هَذَا المَعْنَى، وَاللهُ أَعْلَمُ.

الْفَرْعُ الثَّالِثُ: أَعْتَقَ الْأَمَةَ وَاسْتَثْنَى حَمْلَهَا؛ صَحَّ وَكَانَ الْوَلَدُ رَقِيقًا، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ جَمَاعَةٍ، وَتَوَقَّفَ فِيهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الحَكَمِ، وَخَرَّجَ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي أَنَّهُ لَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ كَجُزْءٍ مِنْ أَجْزَائِهَا، وَخَرَّجُوهُ مِنْ عَدَمِ صِحَّةِ اسْتِثْنَائِهِ فِي الْبَيْعِ، وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ تُنَافِيهِ الجَهَالَةُ، بِخِلَافِ الْعِتْقِ.

الْفَرْعُ الرَّابِعُ: أَعْتَقَ المُوسِرُ أَمَةً لَهُ حَمْلُهَا لِغَيْرِهِ، فَهَلْ يُعْتَقُ بِالسِّرَايَةِ أَمْ لَا؟

إنْ قُلْنَا: إِنَّهُ مُسْتَقِلٌّ بِنَفْسِهِ لَمْ يَسْرِ إِلَيْهِ الْعِتْقُ، وَإِنَّمَا دَخَلَ مَعَ الْأُمِّ إِذَا كَانَ مَمْلُوكًا لِمَالِكِهَا تَبَعًا لِاتِّصَالِهِ بِالْأُمِّ وَاجْتِمَاعِهِمَا فِي مِلْكِهِ، كَمَا يَتْبَعُ الطَّلْعُ المُؤَبَّرُ

لِلنَّخْلِ فِي الْعَقْدِ إِذَا كَانَ مِلْكًا لِمَالِكِهِ، وَلَا يَتْبَعُ إِذَا كَانَ مِلْكًا لِغَيْرِهِ، وَهَذَا اخْتِيَارُ السَّامَرِّيِّ وَصَاحِبَي التَّلْخِيصِ وَالْمُحَرَّرِ. وَقَالَ الْقَاضِي وَالشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ وَأَبُو الخَطَّابِ: يُعْتَقُ وَيَضْمَنُهُ لِمَالِكِهِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ كَجُزْءٍ مِنْهَا.

الْفَرْعُ الخَامِسُ: لَوْ أَعْتَقَ الحَمْلَ وَحْدَهُ صَحَّ وَنَفَذَ، وَهَلْ يُعْتَقُ مِنْ حِينِهِ أَوْ يَقِفُ عَلَى خُرُوجِهِ حَيًّا؟

مَبْنِيٌّ عَلَى مَا سَبَقَ، وَأَشَارَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي دِيَاتِ الْأَجِنَّةِ إِلَى خِلَافٍ لَنَا فِي صِحَّةِ عِتْقِهِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ كَالمَعْدُومِ، وَهُوَ ضَعِيفٌ. وَقِيَاسُ قَوْلِ مَنْ قَالَ: هُوَ كَجُزْءٍ مِنْهَا: أَنْ يَسْرِيَ عِتْقُهُ إِلَيْهَا، وَهُوَ ضَعِيفٌ أَيْضًا.

وَيَنْبَنِي عَلَى هَذَا الْفَرْعِ لَوْ ضَرَبَ بَطْنَ أَمَةٍ حَامِلٍ فَأَعْتَقَ السَّيِّدُ حَمْلَهَا بَعْدَ الجِنَايَةِ، أَوْ أَعْتَقَهُ السَّيِّدُ، ثُمَّ جَنَى عَلَيْهِ ثُمَّ انْفَصَلَ مَيِّتًا، أَوِ انْفَصَلَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ عَقِيبَ الِانْفِصَالِ، فَهَذَا يَنْبَنِي عَلَى أَنَّ الْعِتْقَ هَلْ حَصَلَ قَبْلَ الِانْفِصَالِ أَوْ لَمْ يَحْصُلْ إِلَّا بَعْدَهُ؟

وَعَلَى أَصْلٍ آخَرَ، وَهُوَ إِذَا جَرَحَ رَقِيقًا، ثُمَّ عَتَقَ، فَسَرَى إِلَى نَفْسِهِ فَمَاتَ، هَلْ يَضْمَنُهُ بِدِيَةِ حُرٍّ أَوْ بِقِيمَةِ عَبْدٍ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ.

فَإِذَا عُلِمَ هَذَا فَهَهُنَا صُوَرٌ أَرْبَعَةٌ:

أَحَدُهَا: أَنْ يَجْنِيَ عَلَيْهِ، ثُمَّ يَعْتِقَ، ثُمَّ يَنْفَصِل مَيِّتًا، فَيَنْبَنِي عَلَى أَنَّ الْعِتْقَ هَلْ حَصَلَ لَهُ حَالَ كَوْنِهِ حَمْلًا أَمْ لَا؟

فَإِنْ قُلْنَا: لَمْ يَحْصُلْ لَهُ الْعِتْقُ حِينَئِذٍ وَجَبَ ضَمَانُهُ بِضَمَانِ جَنِينٍ مَمْلُوكٍ عُشْر قِيمَةِ أُمِّهِ.

وَإِنْ قُلْنَا: قَدْ عَتَقَ انبَنَى عَلَى الخِلَافِ فِي اعْتِبَارِ الضَّمَانِ بِحَالِ السِّرَايَةِ أَوِ الجِنَايَةِ.

فَإِنْ قُلْنَا: الِاعْتِبَارُ بِحَالِ الجِنَايَةِ فَكَذَلِكَ.

وَإِنْ قُلْنَا: بِحَالِ السِّرَايَةِ فَفِيهِ غُرَّةُ ضَمَانِ جَنِينٍ حُرٍّ.

وَقِيلَ: يَضْمَنُهُ ضَمَانَ رَقِيقٍ وَجْهًا وَاحِدًا، كَذَلِكَ ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ إِذْ لَمْ يَتَحَقَّقْ عِتْقُهُ لِجَوَازِ تَلَفِهِ قَبْلَهُ، وَحَكَيَا أَيْضًا فِيمَا إِذَا لَوْ أَعْتَقَ الْأُمَّ بَعْدَ الجِنَايَةِ ثُمَّ أَلْقَتْ جَنِينَهَا وَجْهَيْنِ مُخَرَّجَيْنِ مِنْ الِاخْتِلَافِ فِي اعْتِبَارِ حَالَةِ السِّرَايَةِ أَوِ الجِنَايَةِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا غَيْرُ مُتَوَجِّهٍ.

وَالصُّورَةُ الثَّانِيَةُ: أَنْ يُجْنَى عَلَيْهِ، ثُمَّ يَعْتِقَ، ثُمَّ يَنْفَصِلَ حَيًّا، ثُمَّ يَمُوتَ، فَقَدْ حَصَلَ لَهُ الْعِتْقُ بِغَيْرِ خِلَافٍ، فَيَنْبَنِي عَلَى الخِلَافِ فِي اعْتِبَارِ الضَّمَانِ، هَلْ هُوَ بِحَالَةِ السِّرَايَةِ أَو الجِنَايَةِ؟

كَمَا تَقَدَّمَ، وَفِي مُسَوَّدَةِ شَرْحِ الْهِدَايَةِ: يَضْمَنُهُ بِدِيَةِ حُرٍّ رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَهُوَ سَهْوٌ.

الصُّورَةُ الثَّالِثَةُ: أَنْ يَعْتِقَ أَوَّلًا، ثُمَّ يُجْنَى عَلَيْهِ، ثُمَّ يَنْفَصِلَ حَيًّا، فَيَجِبُ ضَمَانُهُ بِدِيَةِ حُرٍّ، إِنْ قُلْنَا: عَتَقَ وَهُوَ حَمْلٌ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَعْتِقُ إِلَّا بَعْدَ الِانْفِصَالِ انْبَنَى عَلَى الخِلَافِ فِي اعْتِبَارِ الضَّمَانِ، هَلْ هُوَ بِحَالَةِ الجِنَايَةِ أَو السِّرَايَةِ؟ فَإِنْ قُلْنَا: بِحَالَةِ السِّرَايَةِ ضَمِنَهُ بِدِيَةِ حُرٍّ، وَإِلَّا ضَمِنَهُ ضَمَانَ رَقِيقٍ، وَظَاهِرُ كَلَامِ صَاحِبِ الْمُحَرَّرِ أَنَّهُ يَجِبُ ضَمَانُهُ بِدِيَةِ حُرٍّ وَجْهًا وَاحِدًا؛ لِأَنَّ الجِنَايَةَ وَقَعَتْ بَعْدَ الْعِتْقِ الْمُبَاشِرِ، وَوُجِدَ المَوْتُ بَعْدَ النُّفُوذِ، وَفِيهِ نَظَرٌ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ كَمَنْ جُنِيَ عَلَيْهِ بَعْدَ التَّعْلِيقِ، ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ وُجُودِ الصِّفَةِ.

وَالصُّورَةُ الرَّابِعَةُ: أَنْ يَعْتِقَ ثُمَّ يُجْنَى عَلَيْهِ، ثُمَّ يَنْفَصِلَ مَيِّتًا، فَإِنْ قُلْنَا: عَتَقَ وَهُوَ حَمْلٌ؛ ضَمِنَهُ ضَمَانَ جَنِينٍ حُرٍّ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ لَمْ يَعْتِقْ ضَمِنَهُ ضَمَانَ جَنِينٍ رَقِيقٍ، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ مُعَلِّلًا بِأَنَّهُ لَمْ يَعْتِقْ بَعْدُ، وَفِي الخِلَافِ الْكَبِيرِ وَالمُحَرَّرِ أَنَّ حَرْبًا نَقَلَ ذَلِكَ أَيْضًا عَنْ أَحْمَدَ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا حَكَاهُ أَحْمَدُ فِي رِوَايَتِهِ عَنِ الزُّهْرِيِّ، وَقَالَ: مَا أَدْرِي كَيْفَ وَجْهُهُ.

وَقَالَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ: إِذَا قُلْنَا: لَا يَصِحُّ عِتْقُ الحَمْلِ فَوُجُودُهُ كَعَدَمِهِ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الصُّوَرِ، فَهُوَ ضَعِيفٌ كَمَا سَبَقَ.

وَمِنْهَا: وُرُودُ الْعُقُودِ عَلَى الحَامِلِ كَالْبَيْعِ وَالهِبَةِ وَالْوَصِيَّةِ وَالْإِصْدَاقِ، قَالَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ: إِنْ قُلْنَا: لِلْحَمْلِ حُكْمٌ فَهُوَ دَاخِلٌ فِي الْعَقْدِ، وَيَأْخُذُ قِسْطًا مِنَ الْعِوَضِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا حُكْمَ لَهُ لَمْ يَأْخُذْ قِسْطًا مِنَ الْعِوَضِ، وَكَانَ بَعْدَ وَضْعِهِ حُكْمُهُ حُكْمُ النَّمَاءِ الْمُنْفَصِلِ، فَلَوْ رُدَّتِ الْعَيْنُ بِعَيْبٍ أَوْ إِفْلَاسٍ أَوْ طَلَاقٍ، فَإِنْ قُلْنَا: لَهُ حُكْمٌ، رُدَّ مَعَ الْأَصْلِ، وَإِلَّا كَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ النَّمَاءِ.

وَقِيَاسُ المَنْصُوصِ عَنْ أَحْمَدَ فِي الحَمْلِ أَنَّهُ لَا يَعْتِقُ، وَأَنَّهُ تَرِكَةٌ مَوْرُوثَةٌ يَقْتَضِي أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الْأَجْزَاءِ، لَا حُكْمُ الْوَلَدِ المُنْفَصِلِ، فَيَجِبُ رَدُّهُ مَعَ الْعَيْنِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا حُكْمَ لَهُ إِذِ المُرَادُ بِذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ لَهُ حُكْمُ الْأَوْلَادِ لَا أَنَّهُ مَعْدُومٌ، وَهَذَا أَصَحُّ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْأَكْثَرِينَ فِي مَسْأَلَةِ الْفَلَسِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا يُعْتَبَرُ لَهُ الْقَبْضُ مِنَ الْعُقُودِ كَالرَّهْنِ وَالهِبَةِ، وَمَا لَا يُعْتَبَرُ قَبْضُهُ وَيَحْصُلُ قَبْضُهُ تَبَعًا لِأُمِّهِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَيَتَخَرَّجُ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ مَسْأَلَةُ اشْتِرَاطِ الحَمْلِ فِي الْبَيْعِ وَالسَّلَمِ فِي الحَيَوَانِ الحَامِلِ وَغَيْرِ ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: جَنِينُ الدَّابَّةِ الْمُذَكَّاةِ، هَلْ يُحْكَمُ بِذَكَاتِهِ مَعَهَا قَبْلَ الانْفِصَالِ أَمْ لَا؟

قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُنُونِهِ: لَا يُحْكَمُ بِذَكَاتِهِ إِلَّا بَعْدَ الانْفِصَالِ، وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ خِلَافُهُ، فَإِنَّهُ قَالَ: هُوَ رُكْنٌ مِنْ أَرْكَانِهَا، وَفَرَّقَ بَيْنَ الجَنِينِ وَالْوَلَدِ الْمُنْفَصِلِ بِأَنَّ الجَنِينَ فِيهِ غُرَّةٌ، وَالْوَلَدُ فِيهِ الدِّيَةُ، فَعُلِمَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ حُكْمُ الْأَوْلَادِ، وَهَذَا يُرَجِّحُ أَنَّهُ جُزْءٌ مِنَ الْأُمِّ، وَأَنَّ تَذْكِيَتَهُ تَابِعٌ لِتَذْكِيَتِهَا، وَأَمَّا إِنْ قِيلَ بِأَنَّهُ وَلَدٌ مُسْتَقِلٌّ فَفِيهِ نَظَرٌ، وَقَدْ يَنْبَنِي عَلَى ذَلِكَ أَنَّهُ هَلْ يَجِبُ فِيهِ إِرَاقَةُ دَمِهِ إِذَا خَرَجَ أَمْ لَا؟

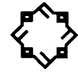
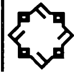
وَكَلَامُ أَحْمَدَ فِي ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَأَكْثَرُ النُّصُوصِ عَنْهُ يَدُلُّ عَلَى الِاسْتِحْبَابِ فَقَطْ، وَفِي بَعْضِهَا مَا يُشْعِرُ بِالْوُجُوبِ، وَهَذَا يَنْزِعُ إِلَى أَنَّهُ وَلَدٌ مُسْتَقِلٌّ، لَكِنْ عُفِيَ عَنْ مَوْتِهِ بِغَيْرِ تَذْكِيَةٍ؛ لِاتِّصَالِهِ بِأُمِّهِ عِنْدَ تَذْكِيَتِهَا، ثُمَّ وَجَبَ سَفْحُ دَمِهِ لِيَحْصُلَ مَقْصُودُ التَّذْكِيَةِ فِيهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا مَاتَتِ الحَامِلُ وَصُلِّيَ عَلَيْهَا هَلْ يَنْوِي الصَّلَاةَ عَلَى حَمْلِهَا؟

قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُنُونِهِ: لَا، وَعَلَّلَ بِالشَّكِّ فِي وُجُودِهِ، وَهَذَا مُتَوَجِّهٌ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ كَالْمَعْدُومِ قَبْلَ الانْفِصَالِ، وَعَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ كَالجُزْءِ مِنَ الْأُمِّ أَيْضًا.

وَأَمَّا إِنْ قِيلَ بِأَنَّهُ وَلَدٌ مُسْتَقِلٌّ فَفِيهِ نَظَرٌ. وَقَدْ يُقَالُ: شَرْطُ ثُبُوتِ الْأَحْكَامِ لَهُ ظُهُورُهُ، وَلَمْ يُوجَدْ، فَهَذَا مُتَوَجِّهٌ.

⁂

الْقَاعِدَةُ الخَامِسَةُ وَالثَّمَانُونَ



الحُقُوقُ خَمْسَةُ أَنْوَاعٍ:

أَحَدُهَا: حَقُّ مِلْكٍ، كَحَقِّ السَّيِّدِ فِي مَالِ المُكَاتَبِ وَمَالِ الْقِنِّ إذَا قُلْنَا: يُمْلَكُ بِالتَّمْلِيكِ، وَمَا يَمْتَنِعُ إِرْثُهُ لِمَانِعٍ كَالتَّرِكَةِ المُسْتَغْرَقَةِ بِالدَّيْنِ عَلَى رِوَايَةٍ، كَالمُحْرِمِ إِذَا مَاتَ مَوْرُوثُهُ، وَفِي مِلْكِهِ صَيْدٌ، عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ.

وَالثَّانِي: حَقُّ تَمَلُّكٍ كَحَقِّ الْأَبِ فِي مَالِ وَلَدِهِ، وَحَقِّ الْعَاقِدِ لِلْعَقْدِ إِذَا وَجَبَ لَهُ، وَحَقِّ الْعَاقِدِ فِي عَقْدٍ يَمْلِكُ فَسْخَهُ لِيُعِيدَ مَا خَرَجَ عَنْهُ إِلَى مِلْكِهِ، مَعَ أَنَّ فِي هَذَا شَائِبَةً مِنْ حَقِّ المِلْكِ وَحَقِّ الشَّفِيعِ فِي الشِّقْصِ، وَهَهُنَا صُوَرٌ مُخْتَلَفٌ فِيهَا: هَلْ يَثْبُتُ فِيهَا المِلْكُ أَوْ حَقُّ التَّمْلِيكِ؟

فَمِنْهَا: حَقُّ المُضَارِبِ فِي الرِّبْحِ بَعْدَ الظُّهُورِ، وَقَبْلَ الْقِسْمَةِ، وَفِيهِ رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنَّهُ يَمْلِكُهَا بِالظُّهُورِ.

وَالثَّانِيَةُ: لَمْ يَمْلِكْهُ، وَإِنَّمَا مَلَكَ أَنْ يَتَمَلَّكَهُ، وَهُوَ حَقٌّ مُتَأَكَّدٌ حَتَّى لَوْ مَاتَ وُرِثَ عَنْهُ، وَلَوْ أَتْلَفَ المَالِكُ المَالَ غَرِمَ نَصِيبَهُ، وَكَذَلِكَ الْأَجْنَبِيُّ، وَلَوْ أَسْقَطَ المُضَارِبُ حَقَّهُ مِنْهُ فَإِنْ قُلْنَا: هُوَ مِلْكُهُ لَمْ يَسْقُطْ، وَإِنْ قُلْنَا: لَمْ يَمْلِكْهُ بَعْدُ فَفِي التَّلْخِيصِ احْتِمَالَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَسْقُطُ كَالْغَنِيمَةِ.

وَالثَّانِي: لَا؛ لِأَنَّ الرِّبْحَ هُنَا مَقْصُودٌ، وَقَدْ تَأَكَّدَ سَبَبُهُ، بِخِلَافِ الْغَنِيمَةِ، فَإِنَّ مَقْصُودَ الجِهَادِ إِعْلَاءُ كَلِمَةِ اللهِ، لَا المَالُ.

وَمِنْهَا: حَقُّ الْغَانِمِ فِي الْغَنِيمَةِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، وَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا، وَهُوَ المَنْصُوصُ، وَعَلَيْهِ جُمْهُورُ الْأَصْحَابِ: أَنَّهُ يَثْبُتُ المِلْكُ فِيهَا بِمُجَرَّدِ الِاسْتِيلَاءِ، لَكِنْ هَلْ يُشْتَرَطُ الْإِحْرَازُ أَمْ لَا؟

عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يُشْتَرَطُ، وَتُمْلَكُ بِمُجَرَّدِ تَقَضِّي الحَرْبِ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ، وَمَنْ تَابَعَهُ عَلَى طَرِيقَتِهِ.

وَالثَّانِي: يُشْتَرَطُ، وَهُوَ قَوْلُ الخِرَقِيِّ وَابْنِ أَبِي مُوسَى كَسَائِرِ المُبَاحَاتِ، وَرَجَّحَهُ صَاحِبُ المُغْنِي، فَعَلَى هَذَا لَا يَسْتَحِقُّ مِنْهَا إِلَّا مَنْ شَهِدَ الْإِحْرَازَ، وَأَمَّا عَلَى الْأَوَّلِ فَاعْتَبَرَ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ شُهُودَ إِحْرَازِ الْوَقْعَةِ، وَقَالُوا: لَا يَسْتَحِقُّ مَنْ لَمْ يَشْهَدْهُ.

وَفَصَّلَ فِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ بَيْنَ الجَيْشِ وَأَهْلِ المَدَدِ، فَأَمَّا الجَيْشُ فَيَسْتَحِقُّونَ بِحُضُورِ جُزْءٍ مِنَ الْوَقْعَةِ إِذَا كَانَ تَخَلُّفُهُمْ عَنِ الْبَاقِي لِعُذْرٍ؛ كَمَوْتِ الْغَازِي أَوْ مَوْتِ فَرَسِهِ، وَأَمَّا المَدَدُ فَيُعْتَبَرُ لِاسْتِحْقَاقِهِمْ شُهُودَ انْجِلَاءِ الحَرْبِ، وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ يَعْقُوبَ بْنِ بختانَ فِيمَنْ قُتِلَ فِي المَعْرَكَةِ يُعْطَى وَرَثَتُهُ نَصِيبَهُ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: لَا يَمْلِكُ الْغَنِيمَةَ إِلَّا بِاخْتِيَارِ المِلْكِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

فَعَلَى هَذَا إِنَّمَا ثَبَتَ لَـهُمْ حَقُّ التَّمَلُّكِ كَالشَّفِيعِ، فَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ قَبْلَ اخْتِيَارِ التَّمَلُّكِ أَوِ المُطَالَبَةِ فَلَا حَقَّ لَهُ، ذَكَرَهُ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ، وَظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي بَابِ الشُّفْعَةِ أَنَّ الحَقَّ يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَرَثَةِ بِدُونِ الْقَبُولِ وَالمُطَالَبَةِ، وَإِنْ قَالُوا: اخْتَرْنَا الْقِسْمَةَ لَزِمَتْ حُقُوقُهُمْ وَلَمْ تَسْقُطْ بِالْإِعْرَاضِ، ذَكَرَهُ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَسْقَطُوا حُقُوقَهُمْ قَبْلَ الِاخْتِيَارِ، فَإِنَّهُ يَسْقُطُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ لِضَعْفِ المِلْكِ وَعَدَمِ اسْتِقْرَارِهِ، وَيَصِيرُ فَيْئًا، فَإِنْ أُسْقِطَ الْبَعْضُ دُونَ الْبَعْضِ فَالْكُلُّ لِمَنْ يَسْقُطُ حَقُّهُ.

وَمِنْهَا: حَقُّ مَنْ وَجَدَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ فِي المَغْنَمِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ مِمَّا مَلَكَهُ الْكُفَّارُ بِالِاسْتِيلَاءِ عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ حَقُّ التَّمْلِيكِ عِنْدَ الْأَصْحَابِ، وَخَرَّجَهُ شَيْخُ الْإِسْلَامِ ابْنُ تَيْمِيَّةَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ عَلَى الخِلَافِ فِي حَقِّ الْغَانِمِينَ.

وَمِنْهَا: حَقُّ الزَّوْجِ فِي نِصْفِ الصَّدَاقِ إِذَا طَلَّقَ قَبْلَ الدُّخُولِ، هَلْ يَثْبُتُ لَهُ فِيهِ المِلْكُ قَهْرًا أَوْ يَثْبُتُ لَهُ حَقُّ التَّمَلُّكِ، فَلَا يَمْلِكُ بِدُونِهِ؟

فِيهِ وَجْهَانِ، وَالْأَوَّلُ هُوَ المَنْصُوصُ، وَعَلَى الثَّانِي فَتَكْفِي فِيهِ المُطَالَبَةُ، وَاخْتِيَارُ التَّمَلُّكِ عَلَى ظَاهِرِ كَلَامِ أَبِي الخَطَّابِ كَرُجُوعِ الْأَبِ، وَزَعَمَ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ أَنَّ هَذَا مُرَتَّبٌ عَلَى الخِلَافِ فِي عَفْـوِ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ، هَلْ هُوَ الزَّوْجُ أَوِ الْوَلِيُّ؟

وَلَيْسَ كَذَلِكَ، وَلَا يَلْزَمُ مَنْ طَلَبَ الْعَفْوَ مِنَ الزَّوْجِ أَنْ يَكُونَ هُوَ المَالِكَ، فَإِنَّ الْعَفْوَ يَصِحُّ عَمَّا يَثْبُتُ فِيهِ حَقُّ التَّمَلُّكِ كَالشُّفْعَةِ، وَلَيْسَ فِي قَوْلِنَا: إِنَّ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ هُوَ الْأَبُ مَا يَسْتَلْزِمُ أَنَّ الزَّوْجَ لَمْ يَمْلِكْ نِصْفَ المَهْرِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا

يَعْفُو عَنِ النِّصْفِ الْمُخْتَصِّ بِابْنَتِهِ، فَأَمَّا النِّصْفُ الْآخَرُ فَلَا تَعَرُّضَ لِذِكْرِهِ بِنَفْيٍ وَلَا إِثْبَاتٍ.

وَالْعَجَبُ أَنَّهُ حَكَى بَعْدَ ذَلِكَ فِي صِحَّةِ عَفْوِ الزَّوْجِ عَنِ النِّصْفِ إِذَا قُلْنَا: قَدْ دَخَلَ فِي مِلْكِهِ وَجْهَيْنِ، وَالصَّحِيحُ الْمَشْهُورُ أَنَّهُ يَصِحُّ عَفْوُهُ إِنْ كَانَ مَالِكًا، كَمَا يَصِحُّ عَفْوُ الزَّوْجَةِ مَعَ مِلْكِهَا بِنَصِّ الْقُرْآنِ، لَكِنْ إِنْ كَانَ الصَّدَاقُ دَيْنًا صَحَّ الْإِبْرَاءُ مِنْهُ بِسَائِرِ أَلْفَاظِ الْمُبَارَاةِ مِنَ الْإِبْرَاءِ وَالْإِسْقَاطِ وَالْهِبَةِ وَالْعَفْوِ وَالصَّدَقَةِ وَالتَّحْلِيلِ، وَلَا يُشْتَرَطُ لَهُ قَبُولٌ، وَإِنْ كَانَ عَيْنًا، وَقُلْنَا: لَمْ يَمْلِكْهُ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ لَهُ حَقُّ التَّمَلُّكِ فَكَذَلِكَ، وَكَذَلِكَ يَصِحُّ عَفْوُ الشَّفِيعِ عَنِ الشُّفْعَةِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ، وَإِنْ قُلْنَا: مَلَكَ نِصْفَ الصَّدَاقِ؛ صَحَّ بِلَفْظِ الْهِبَةِ وَالتَّمَلُّكِ، وَهَلْ يَصِحُّ بِلَفْظِ الْعَفْوِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَصِحُّ، قَالَهُ ابْنُ عَقِيلٍ.

وَالثَّانِي: يَصِحُّ، قَالَهُ الْقَاضِي، وَرَجَّحَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِي، وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْهِبَةِ عِنْدَنَا يَنْعَقِدُ بِكُلِّ لَفْظٍ يُفِيدُ مَعْنَاهُ مِنْ غَيْرِ اشْتِرَاطِ إِيجَابٍ وَلَا قَبُولٍ بِلَفْظٍ مُعَيَّنٍ.

وَقَالَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ: يُشْتَرَطُ هَهُنَا الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ وَالْقَبْضُ.

وَحَكَى صَاحِبُ التَّرْغِيبِ فِي اشْتِرَاطِ الْقَبُولِ وَجْهَيْنِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْقَبْضَ لَا يُشْتَرَطُ فِي الْفُسُوخِ كَالْإِقَالَةِ وَنَحْوِهَا، وَصَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَكَذَلِكَ يَصِحُّ رُجُوعُ الْأَبِ فِي الْهِبَةِ مِنْ غَيْرِ قَبْضٍ، وَكَذَلِكَ فَسْخُ عَقْدِ الرَّهْنِ وَغَيْرِهَا.

وَمِنْهَا: حَقُّ المُلْتَقِطِ فِي اللُّقَطَةِ بَعْدَ حَوْلِ التَّعْرِيفِ، وَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَشْهَرُهُمَا: أَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ المِلْكُ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ، وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي وَقَالَ: إِنَّهُ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ.

وَالثَّانِي: لَا يَدْخُلُ حَتَّى يَخْتَارَ، وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي الخَطَّابِ، فَيَكُونُ حَقُّهُ فِيهَا حَقَّ تَمَلُّكٍ.

وَمِنْهَا: المُوصَى لَهُ بَعْدَ مَوْتِ المُوصِي، وَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ المِلْكُ، وَقِيلَ: إِنَّهُ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ.

وَالثَّانِي: إِنَّمَا يَثْبُتُ لَهُ حَقُّ التَّمَلُّكِ بِالْقَبُولِ، وَهُوَ المَشْهُورُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ.

وَمِنْهَا: مَنْ نَبَتَ فِي أَرْضِهِ كَلَأٌ أَوْ نَحْوُهُ مِنَ المُبَاحَاتِ، أَوْ تَوَحَّلَ فِيهَا صَيْدٌ أَوْ سَمَكٌ وَنَحْوُهُ، فَهَلْ يَمْلِكُهُ بِذَلِكَ؟

فِي المَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ مَعْرُوفَتَانِ، وَأَكْثَرُ النُّصُوصِ عَنْ أَحْمَدَ تَدُلُّ عَلَى المِلْكِ، وَعَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى إِنَّمَا ثَبَتَ حَقُّ التَّمَلُّكِ، وَهُوَ مُقَدَّمٌ عَلَى غَيْرِهِ بِذَلِكَ؛ إِذْ لَا يَلْزَمُهُ أَنْ يَبْذُلَ مِنَ المَاءِ وَالْكَلَأِ إِلَّا الْفَاضِلَ عَنْ حَوَائِجِهِ، وَلَوْ سَبَقَ غَيْرُهُ وَحَقَّقَ سَبَبَ المِلْكِ بِحِيَازَتِهِ إِلَيْهِ، فَقَالَ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ: يَمْلِكُهُ، وَخَرَّجَ ابْنُ عَقِيلٍ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ مَنْهِيٌّ عَنْهُ، فَلَا يُفِيدُ المِلْكَ، وَيُشْبِهُ هَذَا الخِلَافُ فِي الطَّائِفَةِ الَّتِي تَغْزُو بِدُونِ إِذْنِ الْإِمَامِ هَلْ يَمْلِكُونَ شَيْئًا مِنْ غَنِيمَتِهِمْ أَمْ لَا؟

وَقَرَّرَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنْ خِلَافِهِ أَنَّ الْأَسْبَابَ الْفِعْلِيَّةَ تُفِيدُ المِلْكَ، وَإِنْ كَانَتْ مَحْظُورَةً؛ كَأَخْذِ المُسْلِمِ أَمْوَالَ أَهْلِ الحَرْبِ غَصْبًا، وَإِنْ دَخَلَ إِلَيْهِمْ بِأَمَانٍ، بِخِلَافِ الْقَوْلِيَّةِ.

وَفِي مَوْضِعٍ آخَرَ صَرَّحَ بِخِلَافِ ذَلِكَ، وَأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بِهِ الْمُسْلِمُ، وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ.

وَمِنْهَا: مُتَحَجِّرُ الْمَوَاتِ، الْمَشْهُورُ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ بِذَلِكَ، وَنَقَلَ صَالِحٌ عَنْ أَبِيهِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَمْلِكُهُ.

وَعَلَى الْأَوَّلِ فَهُوَ أَحَقُّ بِتَمَلُّكِهِ بِالْأَحْيَاءِ، فَإِنْ بَادَرَ الْغَيْرُ فَأَحْيَاهُ فَفِي مِلْكِهِ وَجْهَانِ مَعْرُوفَانِ، هَذَا كُلُّهُ فِيمَنِ انْعَقَدَ لَهُ سَبَبُ التَّمَلُّكِ، وَصَارَ التَّمَلُّكُ وَاقِفًا عَلَى اخْتِيَارِهِ، فَأَمَّا إِنْ ثَبَتَ لَهُ رَغْبَةٌ فِي التَّمَلُّكِ وَوَعَدَ بِهِ وَلَمْ يَنْعَقِدِ السَّبَبُ كَالْمُسْتَامِ وَالْخَاطِبِ إِذَا رَكَنَ إِلَيْهِمَا، فَلَا يَجُوزُ مُزَاحَمَتُهُمَا أَيْضًا، وَلَكِنْ يَصِحُّ عَلَى الْمَنْصُوصِ.

وَخَرَّجَ الْقَاضِي وَجْهًا بِالْبُطْلَانِ مِنَ الْبَيْعِ عَلَى بَيْعِهِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا وَاضِحٌ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ فِي الْبَيْعِ انْعَقَدَ وَأَخَذَ بِهِ، وَلَا كَذَلِكَ هَهُنَا، وَلِأَنَّ الْمُفِيدَ لِلْمِلْكِ هُنَا الْعَقْدُ، وَالْمُحَرَّمُ سَابِقٌ عَلَيْهِ، فَهُوَ كَاسْتِيلَادِ الْأَبِ وَالشَّرِيكِ، يَحْصُلُ لَهُ الْمِلْكُ بِالْعُلُوقِ لَمَّا كَانَ الْمُحَرَّمُ وَهُوَ الْوَطْءُ سَابِقًا عَلَيْهِ.

النَّوْعُ الثَّالِثُ: حَقُّ الِانْتِفَاعِ، وَيَدْخُلُ فِيهِ صُوَرٌ:

مِنْهَا: وَضْعُ الْجَارِ خَشَبَهُ عَلَى جِدَارِ جَارِهِ إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِهِ؛ لِلنَّصِّ الْوَارِدِ فِيهِ.

وَمِنْهَا: إِجْرَاءُ الْمَاءِ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ إِذَا اضْطُرَّ إِلَى ذَلِكَ؛ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ، لِقَضَاءِ عمرتِهِ، قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: وَكَذَلِكَ إِذَا احْتَاجَ أَنْ يُجْرِيَ مَاءَهُ فِي طَرِيقِ مَائِهِ، مِثْلُ أَنْ يُجْرِيَ مِيَاهَ سُطُوحِهِ أَوْ غَيْرَهَا فِي قَنَاةٍ لِجَارِهِ أَوْ يَسُوقَ فِي قَنَاةٍ عَذْبَةٍ مَاءً، ثُمَّ يُقَاسِمُهُ جَارُهُ، وَلَوْ وَضَعَ عَلَى النَّهْرِ عَبَّارَةً يَجْرِي فِيهَا الْمَاءُ، فَخَرَّجَهَا الْأَصْحَابُ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ.

وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ عَنْ أَحْمَدَ فِي قَوْمٍ اقْتَسَمُوا دَارًا كَانَتْ لَـهَا أَرْبَعَةُ سُطُوحٍ يَجْرِي المَاءُ عَلَيْهَا، فَلَمَّا اقْتَسَمُوا أَرَادَ أَحَدُهُمْ أَنْ يَمْنَعَ مِنْ جَرَيَانِ المَاءِ لِلْآخَرِ عَلَيْهِ، وَقَالَ: هَذَا قَدْ صَارَ لِي وَلَيْسَ بَيْنَنَا شَرْطٌ، فَقَالَ أَحْمَدُ: يُرَدُّ المَاءُ إِلَى مَا كَانَ، وَإِنْ لَمْ يَشْرُطْ ذَلِكَ وَلَا يَضُرُّ بِهِ.

وَحَمَلَ طَائِفَةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا هَذِهِ الرِّوَايَةَ عَلَى أَنَّهُ يَحْصُلُ بِهِ ضَرَرٌ يَمْنَعُهُ مِنْ جَرَيَانِ المَاءِ، وَأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يَنْقُضَ سَطْحَهُ، وَيَسْتَحْدِثَ لَهُ مَسِيلًا، فَجَعَلَ لَهُ أَنْ يُجْرِيَهُ عَلَى رَسْمِهِ الْأَوَّلِ، كَذَلِكَ كَمَا يَجْرِي مَاؤُهُ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ لِلْحَاجَةِ أَوْ يَضَعُ خَشَبَةً عَلَى جِدَارِهِ، وَكَذَا ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ، وَحَمَلَهُ بَعْضُهُمْ عَلَى أَنَّ الدَّارَ إِذَا اقْتُسِمَتْ كَانَتْ مَرَافِقُهَا كُلُّهَا بَاقِيَةً مُشْتَرَكَةً بَيْنَ الجَمْعِ كَالِاسْتِطْرَاقِ فِي طَرِيقِهَا، وَلِهَذَا قُلْنَا: لَوْ حَصَلَ الطَّرِيقُ فِي حِصَّةِ أَحَدِ الْمُقْتَسِمِينَ وَلَا مَنْفَذَ لِلْآخَرِ لَمْ تَصِحَّ الْقِسْمَةُ، وَعَلَى هَذَا حَمَلَهُ صَاحِبُ شَرْحِ الْهِدَايَةِ.

وَخَرَّجَ صَاحِبُ الْمُغْنِي فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ وَجْهًا فِي مَسْأَلَةِ الطَّرِيقِ بِصِحَّةِ الْقِسْمَةِ وَبَقَاءِ حَقِّ الِاسْتِطْرَاقِ فِيهِ لِلْآخَرِ، وَبَيْنَهُمَا فَرْقٌ، فَإِنَّ الطَّرِيقَ لَا يُرَادُ مِنْهُ سِوَى الِاسْتِطْرَاقِ، فَالِاشْتِرَاكُ فِيهِ يُزِيلُ مَعْنَى الْقِسْمَةِ وَالِاخْتِصَاصِ بِخِلَافِ إِجْرَاءِ المَاءِ عَلَى السَّطْحِ، فَإِنَّهُ لَا يَمْنَعُ صَاحِبَ السَّطْحِ مِنْ الِانْفِرَادِ بِالِانْتِفَاعِ بِهِ بِسَائِرِ وُجُوهِ الِانْتِفَاعَاتِ الْمُخْتَصَّةِ بِالْمِلْكِ.

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَ أَرْضًا فِيهَا زَرْعٌ يُحْصَدُ مَرَّةً وَاحِدَةً، وَلَمْ يَبْدُ صَلَاحُهُ، أَوْ شَجَرًا عَلَيْهِ ثَمَرٌ لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهُ، كَانَ ذَلِكَ مُبْقًى فِي الشَّجَرِ وَالْأَرْضِ إِلَى وَقْتِ الحَصَادِ وَالجُذَاذِ بِغَيْرِ أُجْرَةٍ، وَلَوْ أَرَادَ تَفْرِيغَ الْأَرْضِ مِنَ الزَّرْعِ لِيَنْتَفِعَ بِهَا إِلَى وَقْتِ الجُذَاذِ

أَوْ يُؤَجِّرَهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ، كَمَا لَا يَمْلِكُ الجَارُ إِعَارَةَ غَيْرِهِ مَا يَسْتَحِقُّهُ مِنَ الِانْتِفَاعِ بِمِلْكِ جَارِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ بَاعَ زَرْعًا قَدْ بَدَا صَلَاحُهُ فِي أَرْضٍ، فَإِنَّ عَلَيْهِ إِبْقَاءَهُ إِلَى وَقْتِ صَلَاحِهِ لِلْحَصَادِ، فَأَمَّا إِنْ بَاعَ شَجَرَةً فَهَلْ يَدْخُلُ مَنْبَتُهَا فِي الْبَيْعِ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي، وَحَكَى عَنِ ابْنِ شَاقلا أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ، وَأَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ أَحْمَدَ الدُّخُولُ، حَيْثُ قَالَ فِيمَنْ أَقَرَّ بِشَجَرَةٍ لِرَجُلٍ: هِيَ لَهُ بِأَصْلِهَا، وَعَلَى هَذَا لَوِ انْقَلَعَتْ فَلَهُ إِعَادَةُ غَيْرِهَا مَكَانَهَا، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ عَلَى قَوْلِ ابْنِ شَاقلا، كَالزَّرْعِ إِذَا حُصِدَ فَلَا يَكُونُ لَهُ فِي الْأَرْضِ سِوَى حَقِّ الِانْتِفَاعِ.

النَّوْعُ الرَّابِعُ: حَقُّ الِاخْتِصَاصِ، وَهُوَ عِبَارَةٌ عَمَّا يَخْتَصُّ مُسْتَحِقُّهُ بِالِانْتِفَاعِ بِهِ، وَلَا يَمْلِكُ أَحَدٌ مُزَاحَمَتَهُ فِيهِ، وَهُوَ غَيْرُ قَابِلٍ لِلشُّمُولِ وَالْمُعَاوَضَاتِ، وَيَدْخُلُ تَحْتَ ذَلِكَ صُوَرٌ:

مِنْهَا: الْكَلْبُ الْمُبَاحُ اقْتِنَاؤُهُ كَالْمُعَلَّمِ لِمَنْ يَصْطَادُ بِهِ، فَإِنْ كَانَ لَا يَصْطَادُ بِهِ أَوْ كَانَ الْكَلْبُ جَرْوًا يَحْتَاجُ إِلَى تَعْلِيمٍ فَوَجْهَانِ.

وَمِنْهَا: الْأَدْهَانُ الْمُتَنَجِّسَةُ الْمُنْتَفَعُ بِهَا بِالْإِيقَادِ وَغَيْرِهِ عَلَى الْقَوْلِ بِالجَوَازِ، فَأَمَّا نَجِسَةُ الْعَيْنِ كَدُهْنِ الْمَيْتَةِ فَالْمَنْصُوصُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بِهِ، وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِهِ.

وَمِنْهَا: جِلْدُ الْمَيْتَةِ الْمَدْبُوغُ إِذَا قِيلَ: يَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بِهِ فِي الْيَابِسَاتِ، فَأَمَّا مَا لَا يَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بِهِ مِنَ النَّجَاسَاتِ بِحَالٍ فَلَا يَدَ ثَابِتَةٌ عَلَيْهِ، وَآيَةُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ رَدُّهُ عَلَى مَنِ انْتَزَعَهُ مِمَّنْ هُوَ فِي يَدِهِ، بِخِلَافِ مَا فِيهِ نَفْعٌ مُبَاحٌ فَإِنَّهُ يَجِبُ رَدُّهُ.

نَعَمْ، لَوْ غَصَبَ خَمْرًا فَتَخَلَّلَتْ فِي يَدِ الْغَاصِبِ وَجَبَ رَدُّهَا، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَالْأَصْحَابُ؛ لِأَنَّ يَدَ الْأَوَّلِ لَمْ تَزُلْ عَنْهَا بِالْغَصْبِ، فَكَأَنَّهَا تَخَلَّلَتْ فِي يَدِهِ.

وَاخْتَلَفَتْ عِبَارَاتُ الْأَصْحَابِ فِي زَوَالِ الْمِلْكِ بِمُجَرَّدِ التَّخْمِيرِ، فَأَطْلَقَ الْأَكْثَرُونَ الزَّوَالَ، مِنْهُمُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ، وَظَاهِرُ كَلَامِ بَعْضِهِمْ أَنَّ الْمِلْكَ لَمْ يَزُلْ، وَمِنْهُمْ صَاحِبُ الْمُغْنِي فِي كِتَابِ الحَجِّ، وَفِي كَلَامِ الْقَاضِي مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ.

وَبِكُلِّ حَالٍ فَلَوْ عَادَتْ خَلًّا عَادَ الْمِلْكُ الْأَوَّلُ بِحُقُوقِهِ مِنْ ثُبُوتِ الرَّهْنِيَّةِ وَغَيْرِهَا، حَتَّى لَوْ خَلَّفَ خَمْرًا وَدَيْنًا فَتَخَلَّلَتِ الخَمْرُ قَضَى مِنْهُ دَيْنَهُ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ فِي الرَّهْنِ، وَذَكَرَ هُوَ وَابْنُ عَقِيلٍ أَيْضًا فِيهِ لَوْ وَهَبَ الخَمْرَ وَأَقْبَضَهَا أَوْ أَرَاقَهَا فَجَمَعَهَا آخَرُ فَتَخَلَّلَتْ فِي يَدِ الثَّانِي، فَهَلْ هِيَ مِلْكٌ لَهُ أَوْ لِلْأَوَّلِ؟

عَلَى احْتِمَالَيْنِ، وَفَرَّقَا بَيْنَ ذَلِكَ وَبَيْنَ الْغَصْبِ بِأَنَّ الْأَوَّلَ زَالَتْ يَدُهُ عَنْهَا بِالْإِرَاقَةِ وَالْإِقْبَاضِ، وَثَبَتَتْ يَدُ الثَّانِي، بِخِلَافِ الْغَصْبِ، وَرَجَّحَ صَاحِبُ الْمُغْنِي أَنَّ الرَّهْنَ لَا يَبْطُلُ بِتَخْمِيرِ الْعَصِيرِ، وَهَذَا كُلُّهُ يَدُلُّ عَلَى ثُبُوتِ الْيَدِ عَلَى الخَمْرِ لِإِمْكَانِ عَوْدِهَا مَالًا.

وَمِنْهَا: مَرَافِقُ الْأَمْلَاكِ؛ كَالطُّرُقِ وَالْأَفْنِيَةِ وَمَسِيلِ المِيَاهِ، وَنَحْوِهَا، هَلْ هِيَ مَمْلُوكَةٌ أَوْ ثَبَتَ فِيهَا حَقُّ الِاخْتِصَاصِ؟ وَفِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: ثُبُوتُ حَقِّ الِاخْتِصَاصِ فِيهَا مِنْ غَيْرِ مِلْكٍ، وَبِهِ جَزَمَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي بَابِ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ وَفِي الْغَصْبِ، وَدَلَّ عَلَيْهِ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِيمَنْ حَفَرَ فِي فِنَائِهِ بِئْرًا أَنَّهُ مُتَعَدٍّ بِحَفْرِهِ فِي غَيْرِ مِلْكٍ، وَطَرَدَ الْقَاضِي ذَلِكَ حَتَّى

فِي حَرِيمِ الْبِئْرِ، وَرَتَّبَ عَلَيْهِ أَنَّهُ لَوْ بَاعَهُ أَرْضًا بِفِنَائِهَا لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّ الْفِنَاءَ لَا يَخْتَصُّ بِهِ؛ إِذِ اسْتِطْرَاقُهُ عَامٌّ، بِخِلَافِ مَا لَوْ بَاعَ بِطَرِيقِهَا، وَأَوْرَدَ ابْنُ عَقِيلٍ احْتِمَالًا بِصِحَّةِ الْبَيْعِ بِالْفِنَاءِ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْحُقُوقِ، فَهُوَ كَمَسِيلِ الْمِيَاهِ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: الْمِلْكُ، وَصَرَّحَ بِهِ الْأَصْحَابُ فِي الطُّرُقِ، وَجَزَمَ بِهِ فِي الْكُلِّ صَاحِبُ الْمُغْنِي، وَأَخَذَهُ مِنْ نَصِّ أَحْمَدَ وَالْخِرَقِيِّ عَلَى مِلْكِ حَرِيمِ الْبِئْرِ.

وَمِنْهَا: مَرَافِقُ الْأَسْوَاقِ الْمُتَّسِعَةِ الَّتِي يَجُوزُ الْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ فِيهَا؛ كَالدَّكَاكِينِ الْمُبَاحَةِ وَنَحْوِهَا، فَالسَّابِقُ إِلَيْهَا أَحَقُّ بِهَا، وَهَلْ يَنْتَهِي حَقُّهُ بِانْتِهَاءِ النَّهَارِ أَوْ يَمْتَدُّ إِلَى أَنْ يَنْقُلَ قُمَاشَهُ عَنْهَا؟

على وَجْهَيْنِ، وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ الْأَوَّلُ؛ لِجَرَيَانِ الْعَادَةِ بِانْتِفَاءِ الزِّيَادَةِ عَلَيْهِ.

وَعَلَى الثَّانِي فَلَوْ أَطَالَ الْجُلُوسَ، فَهَلْ يُصْرَفُ أَمْ لَا؟

عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يُفْضِي إِلَى الِاخْتِصَاصِ بِالْحَقِّ الْمُشْتَرَكِ.

وَمِنْهَا: الْجُلُوسُ فِي الْمَسَاجِدِ وَنَحْوِهَا لِعِبَادَةٍ أَوْ مُبَاحٍ، فَيَكُونُ الْجَالِسُ أَحَقَّ بِمَجْلِسِهِ إِلَى أَنْ يَقُومَ عَنْهُ بِاخْتِيَارِهِ قَاطِعًا لِلْجُلُوسِ، أَمَّا إِنْ قَامَ لِحَاجَةٍ عَارِضَةٍ وَنِيَّتُهُ الْعَوْدُ فَهُوَ أَحَقُّ بِمَجْلِسِهِ، وَيُسْتَثْنَى مِنْ ذَلِكَ الصَّبِيُّ إِذَا قَامَ فِي صَفٍّ فَاضِلٍ أَوْ فِي وَسَطِ الصَّفِّ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ نَقْلُهُ عَنْهُ، صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ، وَعَلَيْهِ حُمِلَ فِعْلُ أُبَيِّ بْنِ كَعْبٍ بِقَيْسِ بْنِ عَبَّادٍ[1].

---

(١) أخرجه النسائي: كتاب الإمامة، باب من يلي الإمام ثم الذي يليه، رقم (٨٠٨).

النَّوْعُ الخَامِسُ: حَقُّ التَّعَلُّقِ لِاسْتِيفَاءِ الحَقِّ، وَلَهُ صُوَرٌ:

مِنْهَا: تَعَلُّقُ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ بِالرَّهْنِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ جَمِيعَ أَجْزَاءِ الرَّهْنِ مَحْبُوسٌ بِكُلِّ جُزْءٍ مِنَ الدَّيْنِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ جَمِيعَهُ.

وَمِنْهَا: تَعَلُّقُ حَقِّ الجِنَايَةِ بِالجَانِي، وَمَعْنَاهُ أَنَّ حَقَّهُ انْحَصَرَ فِي مَالِيَّتِهِ، وَلَهُ الْمُطَالَبَةُ بِالِاسْتِيفَاءِ مِنْهُ، وَيَتَعَلَّقُ الحَقُّ بِمَجْمُوعِ الرَّقَبَةِ، لَا بِقَدْرِ الْأَرْشِ عَلَى ظَاهِرِ كَلَامِ الْأَصْحَابِ، وَيُبَاعُ جَمِيعُهُ فِي الجِنَايَةِ، وَيُوَفَّى مِنْهُ الحَقُّ، وَيُرَدُّ الْفَضْلُ عَلَى السَّيِّدِ، وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ أَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يُرَدُّ عَلَيْهِ شَيْءٌ، وَهَذَا صَرِيحٌ فِي تَعَلُّقِ الحَقِّ بِالجَمِيعِ.

وَلِلْأَصْحَابِ فِي الْعَبْدِ الْمَرْهُونِ إِذَا جَنَى، وَكَانَ فِي قِيمَتِهِ فَضْلٌ عَنِ الْأَرْشِ، هَلْ يُبَاعُ جَمِيعُهُ أَوْ بِمِقْدَارِ الْأَرْشِ؟

فِيهِ وَجْهَانِ، لَكِنَّ بَيْعَ جَمِيعِهِ يَنْدَفِعُ بِهِ عَنِ السَّيِّدِ ضَرَرُ نَقْصِ الْقِيمَةِ بِالتَّشْقِيصِ.

وَمِنْهَا: تَعَلُّقُ حَقِّ الْغُرَمَاءِ بِالتَّرِكَةِ، هَلْ يَمْنَعُ انْتِقَالَهَا بِالْإِرْثِ؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَهَلْ هُوَ كَتَعَلُّقِ الجِنَايَةِ أَوِ الرَّهْنِ؟

اخْتَلَفَ كَلَامُ الْأَصْحَابِ فِي ذَلِكَ، وَصَرَّحَ الْأَكْثَرُونَ بِأَنَّهُ كَمُتَعَلَّقِ الرَّهْنِ، وَيُفَسَّرُ بِثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ:

أَحَدُهَا: أَنَّ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِالتَّرِكَةِ وَبِكُلِّ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَائِهَا، فَلَا يَنْفَكُّ مِنْهَا شَيْءٌ حَتَّى يُوَفَّى الدَّيْنُ كُلُّهُ.

وَصَرَّحَ بِذَلِكَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ إِذَا كَانَ الْوَارِثُ وَاحِدًا. قَالَ: وَإِنْ كَانَ جَمَاعَةً انْقَسَمَ عَلَيْهِمْ بِالحِصَصِ، وَيَتَعَلَّقُ كُلُّ حِصَّةٍ مِنَ الدَّيْنِ بِنَظِيرِهَا مِنَ التَّرِكَةِ، وَبِكُلِّ جُزْءٍ مِنْهَا، لَا يَنْفَكُّ مِنْهَا شَيْءٌ، حَتَّى يُوَفِّيَ جَمِيعَ تِلْكَ الحِصَّةِ، وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الدَّيْنُ مُسْتَغْرِقًا لِلتَّرِكَةِ أَوْ غَيْرَ مُسْتَغْرِقٍ، صَرَّحَ بِهِ جَمَاعَةٌ، مِنْهُمْ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ فِي التَّفْلِيسِ.

الثَّانِي: أَنَّ الدَّيْنَ فِي الذِّمَّةِ، وَيَتَعَلَّقُ بِالتَّرِكَةِ، وَهَلْ هُوَ فِي ذِمَّةِ المَيِّتِ أَوِ الْوَرَثَةِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ سَبَقَ ذِكْرُهُمَا.

وَالثَّالِثُ: أَنَّهُ يَمْنَعُ صِحَّةَ التَّصَرُّفِ، وَفِي ذَلِكَ وَجْهَانِ أَيْضًا سَبَقَا، وَهَلْ تَعَلَّقَ حَقُّهُمْ بِالمَالِ مِنْ حِينِ المَرَضِ أَمْ لَا؟

تَرَدَّدَ الْأَصْحَابُ فِي ذَلِكَ، وَنَقَلَ المَيْمُونِيُّ عَنْ أَحْمَدَ فِيمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِجَمِيعِ مَا تَرَكَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُعْتِقَ وَيَهَبَ، أَعْنِي المَيِّتَ؟ قَالَ: نَعَمْ، قُلْتُ: هَذَا لَيْسَ لَهُ مَالٌ. قَالَ: أَلَيْسَ ثُلُثُهُ لَهُ؟ قُلْت: لَيْسَ هَذَا المَالُ لَهُ. قَالَ: أَلَيْسَ هُوَ السَّاعَةَ فِي يَدِهِ؟ قُلْت: بَلَى، وَلَكِنَّهُ لِغَيْرِهِ، قَالَ: دَعْهَا فَإِنَّهَا مَسْأَلَةٌ فِيهَا لَبْسٌ. وَالَّذِي كَانَ عِنْدَهُ عَلَى مَا نَاظَرْتُهُ أَنَّ هَذَا جَائِزٌ.

وَاسْتَشْكَلَ الْقَاضِي هَذِهِ الرِّوَايَةَ فِيمَا قَرَأْتُهُ بِخَطِّهِ، وَجَعَلَ ظَاهِرَهَا صِحَّةَ الْوَصِيَّةِ بِالثُّلُثِ مَعَ الدَّيْنِ، وَحَمَلَهَا عَلَى أَحَدِ وَجْهَيْنِ:

إِمَّا أَنْ يَكُونَ حُكْمُ المَرِيضِ مَعَ الْغُرَمَاءِ كَحُكْمِهِ مَعَ الْوَرَثَةِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الجَمِيعِ بِمَالِهِ، فَلَا يَكُونُ مَمْنُوعًا مِنَ التَّصَرُّفِ بِالثُّلُثِ مَعَ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، أَوْ أَنْ يَقِفَ صِحَّةُ تَصَرُّفِهِ عَلَى إِجَازَةِ الْغُرَمَاءِ.

وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: هِيَ بَدَلٌ، عَلَى أَنَّ الْغُرَمَاءَ لَا يَتَعَلَّقُ حَقُّهُمْ بِالمَالِ إِلَّا بَعْدَ المَوْتِ؛ لِأَنَّ حَقَّهُمْ فِي الحَيَاةِ فِي ذِمَّتِهِ، وَالْوَرَثَةُ لَا يَتَعَلَّقُ حَقُّهُمْ بِالمَالِ مَعَ الدَّيْنِ، فَيَبْقَى الثُّلُثُ الَّذِي مَلَّكَهُ الشَّارِعُ التَّصَرُّفَ فِيهِ لَا مَانِعَ لَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ، فَيَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ فِيهِ مُنْجزًا، لَا مُعَلَّقًا بِالمَوْتِ، بِخِلَافِ الزَّائِدِ عَلَى الثُّلُثِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ، فَإِنَّ حَقَّ الْوَرَثَةِ يَتَعَلَّقُ بِهِ فِي مَرَضِهِ؛ إِذْ لَا حَقَّ لَـهُمْ فِي ذِمَّتِهِ.

قُلْتُ: وَتَرَدَّدَ كَلَامُ الْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ فِي خِلَافَيْهِمَا فِي المَرِيضِ؛ هَلْ لِوَرَثَتِهِ مَنْعُهُ مِنْ إِنْفَاقِ جَمِيعِ مَالِهِ فِي الشَّهَوَاتِ أَمْ لَا؟ فَفِي مَوْضِعٍ جَزَمَا بِثُبُوتِ المَنْعِ لَـهُمْ؛ لِتَعَلُّقِ حُقُوقِهِمْ بِمَالِهِ، وَأَنْكَرَا ذَلِكَ فِي مَوَاضِعَ.

وَمِنْهَا: تَعَلُّقُ حَقِّ المُوصَى لَهُ بِالمَالِ، هَلْ يَتْبَعُ الِانْتِقَالَ إِلَى الْوَرَثَةِ؟

جَعَلَ طَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ حُكْمَهُ حُكْمَ الدَّيْنِ، وَمِنْهُمْ أَبُو الخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ، وَأَبُو الحُسَيْنِ فِي فُرُوعِهِ، وَيَشْهَدُ لِذَلِكَ قَوْلُ طَائِفَةٍ مِنَ الْأَصْحَابِ أَنَّ المُوصَى بِهِ قَبْلَ الْقَبُولِ عَلَى مِلْكِ الْوَرَثَةِ.

وَجَزَمَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ بِعَدَمِ انْتِقَالِهِ إِلَى الْوَرَثَةِ، مُفَرِّقًا بَيْنَ الدَّيْنِ وَالْوَصِيَّةِ بِأَنَّ حَقَّ المُوصَى لَهُ فِي عَيْنِ التَّرِكَةِ، وَلَا يَمْلِكُ الْوَرَثَةُ إِبْدَالَ حَقِّهِ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ؛ فَإِنَّ حَقَّ صَاحِبِهِ فِي التَّرِكَةِ وَالذِّمَّةِ وَلِلْوَرَثَةِ التَّوْفِيَةُ مِنْ غَيْرِهِ، وَأُخِذَ ذَلِكَ مِمَّا رَوَاهُ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ فِيمَنْ أَوْصَى أَنْ يُخْرَجَ مِنْ مَالِهِ كَذَا وَكَذَا فِي كَذَا وَكَذَا سَنَةً، قَالَ: لَا يُقَسَّمُ المَالُ حَتَّى يُنَفِّذُوا مَا قَالَ، إِلَّا أَنْ يَضْمَنُوا أَنْ يُخْرِجُوهُ، فَلَهُمْ أَنْ يُقَسِّمُوا الْبَقِيَّةَ.

وَكَذَلِكَ فِي المُجَرَّدِ وَالْفُصُولِ فِي بَابِ الشَّرِكَةِ؛ أَنَّ المُوصَى لَهُ إِنْ كَانَ مُعَيَّنًا

فَهُوَ شَرِيكٌ فِي قَدْرِ مَا وَصَّى لَهُ بِهِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُعَيَّنٍ كَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ لَمْ يَجُزْ لِلْوَرَثَةِ التَّصَرُّفُ حَتَّى يُفْرِدُوا نَصِيبَ الْمُوصَى لَهُ، وَمِمَّا يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ انْتِقَالِهِ إِلَى الْوَرَثَةِ أَنَّ الْمَشْهُورَ عِنْدَنَا صِحَّةُ الْوَصِيَّةِ بِالزَّائِدِ عَلَى الثُّلُثِ، وَأَنَّ إِجَازَةَ الْوَرَثَةِ لَـهَا تَنْفِيذٌ لَا ابْتِدَاءُ عَطِيَّةٍ.

وَمِنْهَا: تَعَلُّقُ الزَّكَاةِ بِالنِّصَابِ، هَلْ هُوَ تَعَلُّقُ شَرِكَةٍ أَوِ ارْتِهَانٍ، أَوْ تَعَلُّقُ الِاسْتِيفَاءِ كَالْجِنَايَةِ؟

اضْطَرَبَ كَـلَامُ الْأَصْحَابِ فِي ذَلِكَ اضْطِرَابًا كَثِيرًا، وَيَحْصُلُ مِنْهُ ثَلَاثَـةُ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ تَعَلُّقُ شَرِكَةٍ، وَصَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنْ شَرْحِ الْمَذْهَبِ، وَظَاهِرُ كَلَامِ أَبِي بَكْرٍ يَدُلُّ عَلَيْهِ، وَقَدْ بَيَّنَهُ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ.

وَالثَّانِي: تَعَلُّقُ اسْتِيفَاءٍ، وَصَرَّحَ بِهِ غَيْرُ وَاحِدٍ، مِنْهُمُ الْقَاضِي، ثُمَّ مِنْهُمْ مَنْ يُشَبِّهُهُ بِتَعَلُّقِ الْجِنَايَةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يُشَبِّهُهُ بِتَعَلُّقِ الدَّيْنِ بِالتَّرِكَةِ.

وَالثَّالِثُ: أَنَّهُ تَعَلُّقُ رَهْنٍ، وَيَنْكَشِفُ هَذَا النِّزَاعُ بِتَحْرِيرِ مَسَائِلَ:

مِنْهَا: أَنَّ الْحَقَّ هَلْ هُوَ مُتَعَلِّقٌ بِجَمِيعِ النِّصَابِ أَوْ بِمِقْدَارِ الزَّكَاةِ فِيهِ؟

غَيْرُ مُعَيَّنٍ، وَقَدْ نَقَلَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ الِاتِّفَاقَ عَلَى الثَّانِي.

وَمِنْهَا: أَنَّهُ مَعَ التَّعَلُّقِ بِالْمَالِ، هَلْ يَكُونُ ثَابِتًا فِي ذِمَّةِ الْمَالِكِ أَمْ لَا؟

وَظَاهِرُ كَلَامِ الْأَكْثَرِينَ أَنَّهُ عَلَى الْقَوْلِ بِالتَّعَلُّقِ بِالْعَيْنِ لَا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ مِنْهُ شَيْءٌ، إِلَّا أَنْ يَتْلَفَ الـمَالُ أَوْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ الـمَالِكُ بَعْدَ الْحَوْلِ، فَظَاهِرُ كَـلَامِ

أَبِي الخَطَّابِ وَصَاحِبِ المُحَرَّرِ فِي شَرْحِ الْهِدَايَةِ أَنَّا إِذَا قُلْنَا: الزَّكَاةُ فِي الذِّمَّةِ فَيَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ تَعَلُّقَ اسْتِيفَاءٍ مَحْضٍ، كَتَعَلُّقِ الدُّيُونِ بِالتَّرِكَةِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ شَيْخِ الْإِسْلَامِ ابْنِ تَيْمِيَّةَ، وَهُوَ حَسَنٌ.

وَمِنْهَا: مَنْعُ التَّصَرُّفِ، وَالمَذْهَبُ أَنْ لَا مَنْعَ كَمَا سَبَقَ.

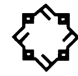
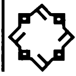
وَمِنْهَا، أَعْنِي صُوَرَ تَعَلُّقِ الحُقُوقِ بِالْأَمْوَالِ: تَعَلُّقُ حَقِّ غُرَمَاءِ المُفْلِسِ بِمَالِهِ بَعْدَ الحَجْرِ، وَهُوَ تَعَلُّقُ اسْتِحْقَاقِ الِاسْتِيفَاءِ مِنْهُ.

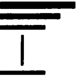
وَمِنْهَا: تَعَلُّقُ دُيُونِ الْغُرَمَاءِ بِمَالِ المَأْذُونِ لَهُ، وَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ أَنَّ هَذَا التَّعَلُّقَ هَلْ يَصِحُّ شِرَاءُ السَّيِّدِ مِنْهُ كَمَا لِلْمُكَاتَبِ مَعَ سَيِّدِهِ أَوْ لَا كَالمَرْهُونِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الرَّاهِنِ؟

عَلَى احْتِمَالَيْنِ، وَهَذَا لَا يَتَوَجَّهُ عَلَى ظَاهِرِ المَذْهَبِ، وَهُوَ تَعَلُّقُ دُيُونِهِ بِذِمَّةِ السَّيِّدِ، وَإِنَّمَا يَتَوَجَّهُ عَلَى قَوْلِنَا: يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ، وَقَدْ صَرَّحَ فِي الخِلَافِ الْكَبِيرِ بِبِنَاءِ المَسْأَلَةِ عَلَى هَذَا.

وَمِنْهَا: تَعَلُّقُ حُقُوقِ الْفُقَرَاءِ بِالْهَدْيِ وَالْأَضَاحِيِّ المُعَيَّنَةِ، وَيُقَدِّمُونَ بِمَا يَجِبُ صَرْفُهُ إِلَيْهِمْ مِنْهَا: عَلَى الْغُرَمَاءِ فِي حَيَاةِ المُوجِبِ وَبَعْدَ وَفَاتِهِ.





الْقَاعِدَةُ السَّادِسَةُ وَالثَّمَانُونَ



المِلْكُ أَرْبَعَةُ أَنْوَاعٍ: مِلْكُ عَيْنٍ وَمَنْفَعَةٍ، وَمِلْكُ عَيْنٍ بِلَا مَنْفَعَةٍ، وَمِلْكُ مَنْفَعَةٍ بِلَا عَيْنٍ، وَمِلْكُ انْتِفَاعٍ مِنْ غَيْرِ مِلْكِ المَنْفَعَةِ.

أَمَّا النَّوْعُ الْأَوَّلُ: فَهُوَ عَامَّةُ الْأَمْلَاكِ الْوَارِدَةِ عَلَى الْأَعْيَانِ المَمْلُوكَةِ بِالْأَسْبَابِ المُقْتَضِيَةِ لَـهَا؛ مِنْ بَيْعٍ وَهِبَةٍ وَإِرْثٍ وَغَيْرِ ذَلِكَ[١].

وَاعْلَمْ أَنَّ ابْنَ عَقِيلٍ ذَكَرَ فِي الْوَاضِحِ فِي أُصُولِ الْفِقْهِ إِجْمَاعَ الْفُقَهَاءِ عَلَى أَنَّ الْعِبَادَ لَا يَمْلِكُونَ الْأَعْيَانَ، وَإِنَّمَا مَالِكُ الْأَعْيَانِ خَالِقُهَا سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى، وَأَنَّ الْعِبَادَ لَا يَمْلِكُونَ سِوَى الِانْتِفَاعِ بِهَا عَلَى الْوَجْهِ المَأْذُونِ فِيهِ شَرْعًا، فَمَنْ كَانَ مَالِكًا لِعُمُومِ الِانْتِفَاعِ فَهُوَ المَالِكُ المُطْلَقُ، وَمَنْ كَانَ مَالِكًا لِنَوْعٍ مِنْهُ فَمِلْكُهُ مُقَيَّدٌ، وَيَخْتَصُّ بِاسْمٍ خَاصٍّ يَمْتَازُ بِهِ، كَالمُسْتَأْجِرِ وَالمُسْتَعِيرِ وَغَيْرِ ذَلِكَ.

وَكَذَا ذَكَرَ ابْنُ الزَّاغُونِيِّ فِي كِتَابِ غُرَرِ الْبَيَانِ، وَرَجَّحَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ[٢]..

---

[١] هذه واضحةٌ، هناك مِلكُ عَينٍ ومَنفعة، إذا أنا بعتُ عليك هذا الكتابَ مَلَكْتَ عينَه ومَنْفَعَتَه، وإذا وهبتُه لكَ مَلَكْتَ عينَه ومَنفعتَه، وهكذا. وقوله: «**بالأسبابِ المُقْتَضِيَة لـها**» مثل: البيع والهِبة والميراث والوصيَّة والصَّدقة.

[٢] إذا أطلق الفُقَهاءُ (تَقِيّ الدِّين) فهو شيخ الإسلامِ ابن تَيْمِيَّة رَحِمَهُ اللَّهُ،

فَعَلَى هَذَا جَمِيعُ الْأَمْلَاكِ إِنَّمَا هِيَ مِلْكُ انْتِفَاعٍ، وَلَكِنَّ التَّقْسِيمَ هَاهُنَا وَارِدٌ عَلَى الْمَشْهُورِ[١].

أمَّا لـو أطلقَ ابنُ حَجَرٍ وغيرُه مِنَ المُحَدِّثِين (تَقِيّ الدِّين) فهم أكثر ما يُطلِقون على ابنِ دَقِيقِ العِيدِ، لكن الفُقَهاء الحَنابِلَة إذا قالوا: تَقِيّ الدِّين، فهو شيخُ الإسلامِ ابنُ تَيْمِيَّة.

[١] وقوله: «**على المشهورِ**» أي عند الفُقَهاءِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ أنَّ هذا يملك العين والمَنْفَعَة، وأمَّا على ما ذَكَرَ ابنُ عَقيل وهو صاحب الواضحِ في غُرَر البيانِ: لا يمكن مِلكُ الأعيانِ؛ لأنَّ مِلْكَ الأعيان للهِ عَزَّوَجَلَّ، ولهذا لا يملك الإنسانُ التَّصرُّفَ فيها كما يشاءُ، فلو أراد الإنسانُ أنْ يُحْرِقَ ثوبَه مثلًا فليس له ذلكَ، فلو كَانَ مالكًا لِعَيْنٍ لكان له ذلكَ؛ لأنه حرٌّ.

إذن حقيقة الأمرِ أنَّ مِلْكَ الأعيانِ للهِ عَزَّوَجَلَّ، لكن إنْ ملك الإنسان عموم الانتفاع بحيثُ لا يعارضه أَحَدٌ مِنَ المَخْلُوقين، فهو المالِكُ المُطْلَقُ الَّذِي يُسَمَّى على المشهورِ عند الفُقَهاءِ: مالك العين والمنفعة، وإنْ لم يملكْ إلَّا شيئًا معينًا فهو غير مالك، يكون حسب ما تَقَيَّد به إمَّا مستأجر أو مُسْتَعير أو ما أشبهَ ذلكَ.

أمَّا الخُلْف هنا فقد يقول قائل: إنه خُلْف لفظيٌّ؛ لأننا ما دمنا مُتَّفِقِينَ على أنَّ هذا الَّذِي يَملك العينَ لا يمكِن أنْ يَتصرَّفَ فيها على وجهٍ لم يأذنْ به اللهُ، كلنا مُتَّفِقُون على هذا، لكن الخلاف هل هذا مِلْك لي أو ملك للهِ وأنا أَتصرَّف فيه حَسَبَ أمرِ اللهِ عَزَّوَجَلَّ، وعلى القول الثَّاني الَّذِي اختلفَ فيه شيخُ الإسلامِ ابنُ تَيْمِيَّة، وما ذكره ابن عَقيلٍ، لا يُمْكِن أنْ يَرِدَ علينا تَقسيم ملك العين والمنفعة، إنَّما هناك انتفاعٌ مُطْلَقٌ وانتفاعٌ مُقَيَّد.

النَّوْعُ الثَّانِي: مِلْكُ الْعَيْنِ بِدُونِ مَنْفَعَةٍ، وَقَدْ أَثْبَتَهُ الْأَصْحَابُ فِي الْوَصِيَّةِ بِالمَنَافِعِ لِوَاحِدٍ، وَبِالرَّقَبَةِ لِآخَرَ، أَوْ تَرْكِهَا لِلْوَرَثَةِ، وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا فِيمَنْ أَوْصَى بِخِدْمَةِ عَبْدٍ أَوْ ظَهْرِ دَابَّةٍ تُرْكَبُ أَوْ بِدَارٍ تُسْكَنُ، فَقَالَ: الدَّارُ لَا بَأْسَ بِهَا، وَأَكْرَهُ الْعَبْدَ وَالدَّابَّةَ؛ لِأَنَّهُمَا يَمُوتَانِ. قَالَ أَبُو بَكْرٍ: الَّذِي أَقُولُ بِهِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَصِحُّ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الدَّارَ تَخْرَبُ أَيْضًا. وَحَمَلَ الْقَاضِي كَلَامَ أَحْمَدَ عَلَى الْكَرَاهَةِ دُونَ إِبْطَالِ الْوَصِيَّةِ.

قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَمْ يُرِدْ أَحْمَدُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَجُوزُ إِلَّا بِمَا يَدُومُ نَفْعُهُ، فَإِنَّ هَذَا لَا يَقُولُهُ أَدْنَى مَنْ لَهُ نَظَرٌ فِي الْفِقْهِ، فَضْلًا عَنْ أَنْ يَكُونَ مِثْلَ هَذَا الْإِمَامِ، وَإِنَّمَا أَرَادَ أَنَّ الْعَبْدَ وَالدَّابَّةَ إِذَا أَوْصَى بِمَنَافِعِهِمَا عَلَى التَّأْبِيدِ فَلَمْ يَتْرُكْ لِلْوَرَثَةِ مَا يَنْتَفِعُونَ بِهِ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُحْسَبَ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ مِنَ المِيرَاثِ، فَإِنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي الرَّقَبَةِ المُجَرَّدَةِ عَنِ المَنَافِعِ، بَلْ هُوَ ضَرَرٌ مَحْضٌ، وَقَدْ شَرَطَ اللهُ تَعَالَى لِجَوَازِ الْوَصِيَّةِ عَدَمَ المُضَارَّةِ.

لَكِنْ إِنْ قَصَدَ المُوصِي إِيصَالَ جَمِيعِ المَنَافِعِ إِلَى المُوصَى لَهُ فَهَذِهِ وَصِيَّةٌ بِالرَّقَبَةِ، فَلَا يُحْسَبُ عَلَى الْوَرَثَةِ مِنْهَا شَيْءٌ، وَلَا يَصِحُّ الْإِيصَاءُ مَعَهَا بِالرَّقَبَةِ، وَإِنْ قَصَدَ مَعَ ذَلِكَ إِبْقَاءَ الرَّقَبَةِ لِلْوَرَثَةِ أَوِ الْإِيصَاءَ بِهَا لِآخَرَ بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ؛ لِامْتِنَاعِ أَنْ تَكُونَ المَنَافِعُ كُلُّهَا لِشَخْصٍ وَالرَّقَبَةُ لِآخَرَ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى تَرْجِيحِ أَحَدِ الْأَمْرَيْنِ، فَيَبْطُلَانِ.

أَمَّا إِنْ وَصَّى فِي وَقْتٍ بِالرَّقَبَةِ لِشَخْصٍ، وَفِي آخَرَ بِالمَنَافِعِ لِغَيْرِهِ، فَهُوَ كَمَا لَوْ وَصَّى بِعَيْنٍ لِاثْنَيْنِ فِي وَقْتَيْنِ.

وَاسْتَدَلَّ عَلَى أَنَّ تَمْلِيكَ جَمِيعِ المَنَافِعِ تَمْلِيكٌ لِلْعَيْنِ بِالرُّقْبَى وَالْعُمْرَى، فَإِنَّهَا تَمْلِيكٌ لِلرَّقَبَةِ، حَيْثُ كَانَتْ تَمْلِيكًا لِلْمَنَافِعِ فِي الحَيَاةِ، وَهَذَا المَعْنَى مُنْتَفٍ فِي الْوَصِيَّةِ بِسُكْنَى الدَّارِ؛ لِأَنَّ هَذَا تَمْلِيكُ مَنْفَعَةٍ خَاصَّةٍ يَنْتَهِي بِمَوْتِ المُوصَى لَهُ وَبِخَرَابِ الدَّارِ، فَيَعُودُ المِلْكُ إِلَى الْوَرَثَةِ كَمَا يَعُودُ المِلْكُ فِي السُّكْنَى فِي الحَيَاةِ.

النَّوْعُ الثَّالِث: مِلْكُ المَنْفَعَةِ بِدُونِ عَيْنٍ، وَهُوَ ثَابِتٌ بِالِاتِّفَاقِ، وَهُوَ ضَرْبَانِ:

أَحَدُهُمَا: مِلْكٌ مُؤَبَّدٌ، وَيَنْدَرِجُ تَحْتَهُ صُوَرٌ:

مِنْهَا: الْوَصِيَّةُ بِالمَنَافِعِ، كَمَا سَبَقَ، وَيَشْمَلُ جَمِيعَ أَنْوَاعِهَا إِلَّا مَنْفَعَةَ الْبُضْعِ، فَإِنَّ فِي دُخُولِهَا بِالْوَصِيَّةِ وَجْهَيْنِ[١].

وَمِنْهَا الْوَقْفُ؛ فَإِنَّ مَنَافِعَهُ وَثَمَرَاتِهِ مَمْلُوكَةٌ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ فِي مِلْكِهِ لِرَقَبَتِهِ، وَجْهَانِ مَعْرُوفَانِ لَهُمَا فَوَائِدُ مُتَعَدِّدَةٌ[٢].

---

[١] مَنْفَعَةُ البُضعِ؛ لو أَوْصَى لِشَخْصٍ بِمَنْفَعَةِ هذه الأَمَة، وهو يَمْلِك مَنَافِعَها مِنَ الخِدْمَة وغيرِها، لكن هل يَمْلِك البُضع، بمعنى هل يَمْلِك أنْ يُجامعَها؟

الجواب: في هذا وجهانِ، والرّاجِحُ أنه لا يَمْلِك ذلك؛ لأنَّ اللهَ قال: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون:٥-٦]، وهذا الرَّجُل لا يَمْلِك هذه الأَمَة، فلا يَحِلّ له أنْ يستمتعَ منها.

[٢] وهذهِ الفوائدُ المُتَعَدِّدَةُ ذَكَرَها المؤلِّف في آخرِ القواعدِ، أمَّا الموقوف عليه فلَا شَكَّ أنه يَملِك المَنافعَ، مثل: إذا وَقَفْتُ هذا البيتَ على شخصٍ، فإنه يَملِك المنافِعَ، يَسْكُنُ أو يُؤَجِّر، أو ما أشبهَ ذلك، وإذا وقفتُ عليه هذا البُستان فهو يَملِك

وَمِنْهَا: الْأَرْضُ الخَرَاجِيَّةُ الْمُقَرَّةُ فِي يَدِ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ بِالخَرَاجِ يَمْلِكُ مَنَافِعَهَا عَلَى التَّأْبِيدِ[١].

وَالضَّرْبُ الثَّانِي: مِلْكٌ غَيْرُ مُؤَبَّدٍ:

فَمِنْهُ: الْإِجَارَةُ وَمَنَافِعُ المَبِيعِ الْمُسْتَثْنَاةُ فِي الْعَقْدِ مُدَّةً مَعْلُومَةً.

وَمِنْهُ: مَا هُوَ غَيْرُ مُوَقَّتٍ، لَكِنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ؛ كَالْعَارِيَّةِ عَلَى وَجْهٍ، وَإِقْطَاعِ الِاسْتِغْلَالِ[٢].

ثَمرَه ومَنافعَهُ، ولكن هل يملك الرَّقبة؟

الجواب: في هذا خِلاف، أمَّا المَذْهَب فيَمْلِك الرَّقبةَ، إلَّا إذا كانَ الوقفُ عامًّا؛ كأن يكونَ على المساكين، أو على مَن لا يَمْلِك كأنْ يكونَ على المَسْجِدِ، وأمَّا إذا كانَ على قومٍ معيَّنِينَ يملكون فإنهم يَمْلِكُونَ الرَّقبةَ والمَنفعةَ.

[١] الأرضُ الخَراجيَّة هي الأرضُ الَّتِي غَنِمَها المُسْلِمُونَ، ويُضرَبُ عليها خَراجٌ مُسْتَمِرٌّ، بحيث يُقَال: لكُلِّ كذا وكذا مِتر دِرْهَم أو دِرْهَمانِ، حَسَب ما يراه الإمامُ، وتكون بمَنْزِلَة الأُجْرَةِ بهذه الأرضِ، لكنها مُؤَبَّدة، فصاحب الأرض الَّذِي أَخذَها وهي خَرَاجِيَّة تَبْقَى بيده أبدًا دائمًا، ولا تحتاج إلى ضرب مدَّة، وإذا انتقلتْ إلى غيرِهِ انتقلتِ الإجارةُ إلى الثَّاني، وتَعَلَّقَت بذِمَّة الثَّاني، وبَرِئَ الأوَّل منها.

[٢] العاريَّة على وجهٍ، والوجه الثَّاني وهو المَذْهَب أنَّه لا يملك المَنْفَعَة، وإنَّما يملك الانتفاع، وفرقٌ بينَ الَّذِي يَمْلِكُ الانتفاعَ والَّذِي يَملِكُ المنفعةَ، فالَّذِي يَمْلِك الانتفاعَ ليسَ له الحقُّ إلَّا أنْ ينتفعَ هو بنَفْسِهِ، فلا يُعِيرُهَا غيرَه ولا يؤجِّر غيره، ومالِك النَّفْعِ لـه أنْ يَنْقُلَهُ إلى غيرِهِ بعـاريَّة أو غيرهـا، والمَذْهَبُ أنَّ العـاريَّةَ يَمِلك

النَّوْعُ الرَّابِعُ: مِلْكُ الِانْتِفَاعِ الْمُجَرَّدِ، وَلَهُ صُوَرٌ مُتَعَدِّدَةٌ:

مِنْهَا: مِلْكُ الْمُسْتَعِيرِ، فَإِنَّهُ يَمْلِكُ الِانْتِفَاعَ، لَا الْمَنْفَعَةَ، إِلَّا عَلَى رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّ الْعَارِيَّةَ الْمُؤَقَّتَةَ تَلْزَمُ، كَذَا قَالَ الْأَصْحَابُ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: لُزُومُ الْعَارِيَّةِ الْمُؤَقَّتَةِ إِنَّمَا يَدُلُّ عَلَى وُجُوبِ الْوَفَاءِ بِبَدَلِ الِانْتِفَاعِ، لَا عَلَى تَمْلِيكِ الْمَنْفَعَةِ[١].

وَمِنْهَا: الْمُنْتَفِعُ بِمِلْكِ جَارِهِ؛ مِنْ وَضْعِ خَشَبٍ، وَمَمَرٍّ فِي دَارٍ، وَنَحْوِهِ، وَإِنْ كَانَ بِعَقْدِ صُلْحٍ فَهُوَ إِجَارَةٌ.

المستعيرُ فيها الانتفاعَ دونَ النَّفع، كذلك الإقطاعُ؛ إِقْطَاع الِاسْتِغْلَالِ لا يقطع التَّمليك، وهو أنَّ الإمامَ يُقْطِع هذا الرَّجُل قِطعةً منَ الأرضِ يختصُّ بها، مثل أنْ يقولَ: لك هذا المكان تَبيع فيه السِّلَع، فهذا الرَّجُل يَمْلِكُ الِانتفاعَ ولا يَملِك المَنْفَعَة، وعلى قولٍ آخرَ يَملِك المنفعةَ، وعليه فيجوزُ أنْ يُؤْجِرهُ غيرَه، وعلى القولِ الأوَّل لا يجوزُ.

أمَّا مَنافع المَبيع فهي مُستثناةٌ، مثل لو بِعتُ عليك بيتًا واستثنيتُ سُكناه لمدَّة سنة، فهنا أنا أَملِك المنافعَ ولا أَملِك البيتَ.

[١] هذا هو الأقربُ، فكون العاريَّة مؤقَّتة لازمة لا يدلُّ على أنه يَملِك المَنفعةَ؛ إذ قد يُقَالُ: إنَّ اللَّازِمَ هو تمليكُ الانتفاعِ، مثال ذلك: أَعَرْتُ هذا الرَّجُلَ هذه الفُرُشَ وقلتُ: أَعرتُكَ هذه الفُرُش لمدَّة سبعة أيام، هل نقول: إنه مالك لِلمنفعةِ؟ الجواب: لا، الصَّحِيحُ أنَّه مالِكٌ للانتفاعِ، لكنَّه يَلْزَمُه أن يَفِيَ بوعدِهِ، وأنْ تبقى هذه الفُرُش لهذا الرَّجُلِ لمدَّة سبعة أيَّام.

وَمِنْهَا: إِقْطَاعُ الْإِرْفَاقِ؛ كَمَقَاعِدِ الْأَسْوَاقِ وَنَحْوِهَا.

وَمِنْهَا: الطَّعَامُ فِي دَارِ الحَرْبِ قَبْلَ حِيَازَتِهِ يَمْلِكُ الْغَانِمُونَ الِانْتِفَاعَ بِهِ بِقَدْرِ الحَاجَةِ، وَقِيَاسُهُ الْأَكْلُ مِنَ الْأُضْحِيَّةِ وَالثَّمَرِ المُعَلَّقِ وَنَحْوِهِ.

وَمِنْهَا: أَكْلُ الضَّيْفِ لِطَعَامِ المُضِيفِ، فَإِنَّهُ إِبَاحَةٌ مَحْضَةٌ لَا يَحْصُلُ بِهِ المِلْكُ بِحَالٍ، عَلَى المَشْهُورِ عِنْدَنَا.

وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةٌ بِإِجْزَاءِ الْإِطْعَامِ فِي الْكَفَّارَاتِ، وَيَنْزِلُ عَلَى أَحَدِ قَوْلَيْنِ: إِمَّا أَنَّ الضَّيْفَ يَمْلِكُ مَا قُدِّمَ إِلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ مِلْكًا خَاصًّا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْأَكْلِ، وَإِمَّا أَنَّ الْكَفَّارَةَ لَا يُشْتَرَطُ فِيهَا تَمْلِيكٌ[١].

وَمِنْهَا: عَقْدُ النِّكَاحِ، وَتَرَدَّدَتْ عِبَارَاتُ الْأَصْحَابِ فِي مَوْرِدِهِ، هَلْ هُوَ المِلْكُ أَوْ الِاسْتِبَاحَةُ؟ فَمِنْ قَائِلٍ: هُوَ المِلْكُ. ثُمَّ تَرَدَّدُوا هَلْ هُوَ مِلْكُ مَنْفَعَةِ الْبُضْعِ أَوْ مِلْكُ الِانْتِفَاعِ بِهَا، وَقِيلَ: بَلْ هُوَ الحِلُّ لَا المِلْكُ، وَلِهَذَا يَقَعُ الِاسْتِمْتَاعُ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجَةِ، مَعَ أَنَّهُ لَا مِلْكَ لَهَا،..

---

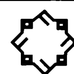
[١] الثَّاني هو الأقربُ: أنَّ الكَفَّارةَ إطعامٌ وليستْ تمليكًا، ولهذا يجوز على القولِ الصَّحِيحِ إذا كَانَ على الإنسانِ كَفَّارة يمينٍ أنْ يصنعَ طعامًا ويدعو إليه عشرةً، فإذا طَعِمُوا فقد بَرِئَتْ ذِمَّتُه، ولا يحتاج إلى تمليكهمْ.

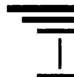
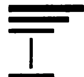
أمَّا أكل الضَّيف للطَّعامِ فهو مِن مِلْكِ الانتفاع، ولهذا لو قال الضَّيفُ: أنا لا أريدُ الأكلَ أَعْطِنِي الضِّيافة لِأَبيعَها، فإنه يقول: لا، أنتَ تَمْلِك الانتفاعَ ولا تملك المَنْفعَة.

وَقِيلَ: بَلِ المَعْقُودُ عَلَيْهِ ازْدِوَاجٌ كَالْمُشَارَكَةِ، وَلِهَذَا فَرَّقَ اللهُ سُبْحَانَهُ بَيْنَ الِازْدِوَاجِ وَمِلْكِ الْيَمِينِ، وَإِلَيْهِ مَيْلُ الشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ، فَيَكُونُ مِنْ بَابِ الْمُشَارَكَاتِ دُونَ الْمُعَاوَضَاتِ[١].

[١] وهذا الأخيرُ هو الأقربُ، بل هو المُتَعَيِّن؛ لأنَّ كلًّا منَ الزَّوْج والزَّوْجة مُنتفِعانِ بهذا العقدِ، وإنْ كَانَ الأصل أنَّ الزَّوْجَ معقودٌ له، ولكن لَا شَكَّ أنَّ الزَّوْجَ والزَّوْجَةَ كُلّ منهما يَنتفِع بالآخَرِ، وهو ما مَالَ إليه شيخُ الإسلامِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، أنَّ مسألةَ الزَّوجيّة لا يُقَالُ فيها مِلك، بل هو استمتاعٌ حاصلٌ بين الزَّوْجين، فهو من بابِ المشارَكاتِ وليس من بابِ التَّمليكاتِ.





الْقَاعِدَةُ السَّابِعَة وَالثَّمَانُونَ



فِيمَا يَقْبَلُ النَّقْلَ وَالْمُعَاوَضَةَ مِنَ الحُقُوقِ المَالِيَّةِ وَالْأَمْلَاكِ:

أَمَّا الْأَمْلَاكُ التَّامَّةُ: فَقَابِلَةٌ لِلنَّقْلِ بِالْعِوَضِ وَغَيْرِهِ فِي الجُمْلَةِ.

وَأَمَّا مِلْكُ المَنَافِعِ: فَإِنْ كَانَ بِعَقْدٍ لَازِمٍ مَلَكَ فِيهِ نَقْلَ المِلْكِ بِمِثْلِ الْعَقْدِ الَّذِي مَلَكَ بِهِ أَوْ دُونَهُ، دُونَ مَا هُوَ أَعْلَى مِنْهُ، وَيَمْلِكُ الْمُعَاوَضَةَ عَلَيْهِ أَيْضًا، صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ هَذَا صُوَرٌ:

مِنْهَا: إِجَارَةُ الْمُسْتَأْجِرِ جَائِزَةٌ عَلَى المَذْهَبِ الصَّحِيحِ بِمِثْلِ الْأُجْرَةِ وَأَكْثَرَ وَأَقَلَّ.

وَمِنْهَا: إِجَارَةُ الْوَقْفِ.

وَمِنْهَا: إِجَارَةُ المَنَافِعِ الْمُوصَى بِهَا، وَصَرَّحَ بِهَا الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَمِنْهَا: إِجَارَةُ المَنَافِعِ الْمُسْتَثْنَاةِ فِي عَقْدِ الْبَيْعِ.

وَمِنْهَا: إِجَارَةُ أَرْضِ الْعَنْوَةِ الخَرَاجِيَّةُ، وَالمَذْهَبُ الصَّحِيحُ صِحَّتُهَا، وَهُوَ نَصُّ أَحْمَدَ، وَلَكِنِ اسْتُحِبَّ الْمُزَارَعَةُ فِيهَا عَلَى الِاسْتِئْجَارِ، وَحَكَى الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ رِوَايَةً أُخْرَى بِالمَنْعِ؛ كَرِبَاعِ مَكَّةَ، وَقَدْ أَشَارَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ إِلَى كَرَاهَةِ مَنْعِهَا، وَسَنَذْكُرُهُ فِي مَوْضِعِهِ.

وَمِنْهَا: إِعَارَةُ الْعَارِيَّةُ الْمُؤَقَّتَةِ إِذَا قِيلَ بِلُزُومِهَا وَمِلْكِ المَنْفَعَةِ فِيهَا، فَإِنَّهُ يَجُوزُ وَلَا تَجُوزُ الْإِجَارَةُ؛ لِأَنَّهَا أَعْلَى، صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَأَمَّا إِجَارَةُ إِقْطَاعِ الِاسْتِغْلَالِ الَّتِي مَوْرِدُهَا مَنْفَعَةُ الْأَرْضِ دُونَ رَقَبَتِهَا، فَلَا نَقْلَ فِيهَا نَعْلَمُهُ، وَكَلَامُ الْقَاضِي قَدْ يُشْعِرُ بِالْمَنْعِ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ مَنَاطَ صِحَّةِ الْإِجَارَةِ لِلْمَنَافِعِ لُزُومَ الْعَقْدِ، وَهَذَا مُنْتَفٍ فِي الْإِقْطَاعِ، وَقَدْ قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَجُوزُ، وَجَعَلَ الْخِلَافَ فِيهِ مُبْتَدَعًا، وَقَرَّرَهُ بِأَنَّ الْإِمَامَ جَعَلَهُ لِلْجُنْدِ عِوَضًا عَنْ أَعْمَالِهِمْ، فَهُوَ كَالْمَمْلُوكِ بِعِوَضٍ، وَلِأَنَّ إِذْنَهُ فِي الْإِيجَارِ عُرْفِيٌّ، فَجَازَ كَمَا لَوْ صَرَّحَ بِهِ، وَلَوْ تَهَايَأَ الشَّرِيكَانِ عَلَى الْأَرْضِ وَقُلْنَا: لَا يَلْزَمُ، فَهَلْ لِأَحَدِهِمَا إِجَارَةُ حِصَّتِهِ؟

الْأَظْهَرُ جَوَازُهُ؛ لِأَنَّ الْمُهَايَآتِ إِذَا فُسِخَتْ عَادَ الْمِلْكُ مُشَاعًا، فَيَخْرُجُ عَلَى الْخِلَافِ فِي إِجَارَةِ الْمُشَاعِ، وَتُسْتَثْنَى مِنْ ذَلِكَ الْحُقُوقُ الثَّابِتَةُ؛ دَفْعًا لِضَرَرِ الْأَمْلَاكِ، فَلَا يَصِحُّ النَّقْلُ فِيهَا بِحَالٍ، وَتَصِحُّ الْمُعَاوَضَةُ عَلَى إِثْبَاتِهَا وَاسْتِيفَائِهَا.

وَأَمَّا مِلْكُ الِانْتِفَاعِ وَحُقُوقُ الِاخْتِصَاصِ سِوَى الْبُضْعِ، وَحُقُوقُ التَّمَلُّكِ، فَهَلْ يَصِحُّ نَقْلُ الْحَقِّ فِيهَا أَمْ لَا؟

إِنْ كَانَتْ لَازِمَةً جَازَ النَّقْلُ لِمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ فِيهَا بِغَيْرِ عِوَضٍ، وَفِي جَوَازِهِ بِعِوَضٍ خِلَافٌ، وَيَنْدَرِجُ ذَلِكَ فِي مَسَائِلَ:

مِنْهَا: مَا ثَبَتَتْ عَلَيْهِ يَدُ الِاخْتِصَاصِ كَالْكَلْبِ وَالزَّيْتِ النَّجِسِ الْمُنْتَفَعِ بِهِ، فَإِنَّهُ تَنْتَقِلُ الْيَدُ فِيهِ بِالْإِرْثِ وَالْوَصِيَّةِ وَالْإِعَارَةِ فِي الْكَلْبِ.

وَفِي الْهِبَةِ وَجْهَانِ اخْتَارَ الْقَاضِي عَدَمَ الصِّحَّةِ، وَخَالَفَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِي، وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا خِلَافٌ فِي الْحَقِيقَةِ؛ لِأَنَّ نَقْلَ الْيَدِ فِي هَذِهِ الْأَعْيَانِ بِغَيْرِ عِوَضٍ جَائِزٌ كَالْوَصِيَّةِ، وَقَدْ صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَأَمَّا إِجَارَةُ الْكَلْبِ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهَا لَا تَصِحُّ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ، وَلَا مَالِيَّةَ فِيهِ، وَحَكَى أَبُو الْفَتْحِ الْحُلْوَانِيُّ فِيهَا وَجْهَيْنِ، وَكَذَا خَرَّجَ أَبُو الْخَطَّابِ وَجْهًا بِالْجَوَازِ، فَيَكُونُ مُعَاوَضَةً عَنْ نَقْلِ الْيَدِ، وَيَرُدُّهُ النَّهْيُ عَنْ بَيْعِهِ، وَقَدْ كَانَ يُمْكِنُ جَعْلُهُ مُعَاوَضَةً عَنْ نَقْلِ الْيَدِ.

وَمِنْهَا: الْمُسْتَعِيرُ لَا يَمْلِكُ نَقْلَ حَقِّهِ مِنَ الِانْتِفَاعِ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ بِلُزُومِ الْعَارِيَّةِ كَمَا سَبَقَ.

وَمِنْهَا: مَرَافِقُ الْأَمْلَاكِ مِنَ الْأَفْنِيَةِ وَالْأَزِقَّةِ الْمُشْتَرَكَةِ، تَصِحُّ إِبَاحَتُهَا وَالْإِذْنُ فِي الِانْتِفَاعِ بِهَا كَالْإِذْنِ فِي فَتْحِ بَابٍ وَنَحْوِهِ.

قَالَ فِي التَّلْخِيصِ: وَيَكُونُ إِعَارَةً عَلَى الْأَشْبَهِ، وَتَجُوزُ الْمُعَاوَضَةُ عَنْ فَتْحِ الْأَبْوَابِ وَنَحْوِهَا، ذَكَرَهُ فِي الْمُغْنِي وَالتَّلْخِيصِ، وَهُوَ شَبِيهٌ بِالْمُصَالَحَةِ بِعِوَضٍ عَلَى إِجْرَاءِ الْمَاءِ فِي أَرْضِهِ، أَوْ فَتْحِ الْبَابِ فِي حَائِطِهِ، أَوْ وَضْعِ خَشَبٍ عَلَى جِدَارِهِ وَنَحْوِهِ، وَهَذَا مُتَوَجِّهٌ عَلَى الْقَوْلِ بِمِلْكِ هَذِهِ الْمَرَافِقِ، أَمَّا عَلَى الْقَوْلِ بِعَدَمِ الْمِلْكِ فَهُوَ شَبِيهٌ بِنَقْلِ الْيَدِ بِعِوَضٍ كَمَا سَبَقَ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ الْأَصْحَابُ جَوَازَ الْمُصَالَحَةِ عَلَى الرَّوْشَنِ[1] الْخَارِجِ فِي الدَّرْبِ الْمُشْتَرَكِ.

وَأَمَّا عَلَى الشَّجَرَةِ فَفِيهَا خِلَافٌ مَعْرُوفٌ؛ لِكَوْنِهَا لَا تَدُومُ عَلَى حَالَةٍ وَاحِدَةٍ، وَأَمَّا الِانْتِفَاعُ بِأَفْنِيَةِ الْأَمْلَاكِ وَالْمَسَاجِدِ بِغَيْرِ إِذْنٍ مِنَ الْمُلَّاكِ وَالْإِمَامِ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ لَمْ يَجُزْ، وَإِلَّا فَفِي جَوَازِهِ رِوَايَتَانِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ، وَتَجُوزُ الْمُصَالَحَةُ بِعِوَضٍ عَلَى إِسْقَاطِ حَقِّهِ مِنْ وَضْعِ الْخَشَبِ عَلَى جِدَارِهِ، وَنَحْوُهُ

---

(١) الروشن: الرف والكوة والشرفة.

ذَكَرَهُ فِي الْمُجَرَّدِ.

وَمِنْهَا: مُتَحَجِّرِ الْمَوَاتِ، وَمَنْ أَقْطَعَهُ الْإِمَامُ مَوَاتًا لِيُحْيِيَهُ لَا يَمْلِكُهُ بِمُجَرَّدِ ذَلِكَ عَلَى الْمَذْهَبِ، لَكِنْ يَثْبُتُ لَهُ فِيهِ حَقُّ التَّمَلُّكِ، فَيَجُوزُ نَقْلُ الْحَقِّ إِلَى غَيْرِهِ بِهِبَةٍ وَإِعَارَةٍ، وَيَنْتَقِلُ إِلَى وَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ، وَهَلْ لَهُ الْمُعَاوَضَةُ عَنْهُ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ أَصْلُهُمَا الْمُعَاوَضَةُ عَنِ الْحُقُوقِ، فَإِنَّ هَذَا حَقُّ تَمَلُّكٍ كَمَا سَبَقَ، وَفَارَقَ الشُّفْعَةَ، فَإِنَّ النَّقْلَ فِيهَا مُمْتَنِعٌ؛ لِأَنَّهَا مِنْ حُقُوقِ الْأَمْلَاكِ، فَهِيَ مِمَّا اسْتُثْنِيَ مِنَ الْقَاعِدَةِ.

قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ: الشُّفْعَةُ لَا تُبَاعُ وَلَا تُوهَبُ. وَحَمَلَ الْقَاضِي قَوْلَهُ: «لَا تُبَاعُ» عَلَى أَنَّ الْمُشْتَرِيَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُصَالِحَ الشَّفِيعَ عَنْهَا بِعِوَضٍ، قَالَ: لِأَنَّهُ خِيَارٌ لَا يَسْقُطُ إِلَى مَالٍ، فَلَمْ يَجُزْ أَخْذُ الْعِوَضِ عَنْهُ كَخِيَارِ الشَّرْطِ وَالْمَجْلِسِ، بِخِلَافِ خِيَارِ الْقِصَاصِ وَالْعَيْبِ؛ لِأَنَّهُ يَسْقُطُ إِلَى الدِّيَةِ وَالْأَرْشِ، وَالْأَظْهَرُ حَمْلُ قَوْلِ أَحْمَدَ: «لَا تُبَاعُ وَلَا تُوهَبُ» عَلَى أَنَّ الشَّفِيعَ لَيْسَ لَهُ نَقْلُهَا إِلَى غَيْرِهِ بِعِوَضٍ وَلَا غَيْرِهِ، فَأَمَّا مُصَالَحَتُهُ لِلْمُشْتَرِي فَهُوَ كَالْمُصَالَحَةِ عَلَى تَرْكِ وَضْعِ الْخَشَبِ عَلَى جِدَارٍ وَنَحْوِهِ.

وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي بَابِ الشُّفْعَةِ أَيْضًا أَنَّ خِيَارَ الْعَيْبِ تَجُوزُ الْمُصَالَحَةُ عَنْهُ بِعِوَضٍ، وَعَلَّلَ بِأَنَّ الْعَيْبَ يَمْنَعُ لُزُومَ الْعَقْدِ، وَمَعَ عَدَمِ اللُّزُومِ تَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِي الثَّمَنِ وَالنَّقْصُ مِنْهُ، فَجَعَلَ الصُّلْحَ هَهُنَا إِسْقَاطًا مِنَ الثَّمَنِ كَالْأَرْشِ، عَلَى قِيَاسِ خِيَارِ الشَّرْطِ وَالْمَجْلِسِ؛ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ فِي الثَّمَنِ بِالنَّقْصِ وَالزِّيَادَةِ فِيهِ مُمْكِنٌ.

وَمِنْهَا: الْكَلَأُ وَالمَاءُ فِي الْأَرْضِ المَمْلُوكَةِ إذَا قُلْنَا: لَا يُمْلَكَانِ بِدُونِ الحِيَازَةِ، فَلِلْمَالِكِ الْإِذْنُ فِي الْأَخْذِ، وَلَيْسَ لَهُ المُعَاوَضَةُ عِنْدَ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ. وَوَقَعَ فِي المُقْنِعِ وَالمُحَرَّرِ مَا يَقْتَضِي حِكَايَةَ رِوَايَتَيْنِ فِي جَوَازِ المُعَاوَضَةِ، وَإِنْ قُلْنَا بِعَدَمِ المِلْكِ، وَلَعَلَّهُ مِنْ بَابِ المُعَاوَضَةِ عَمَّا يُسْتَحَقُّ تَمَلُّكُهُ، فَيَلْتَحِقُ بِالْقَاعِدَةِ.

وَمِنْهَا: مَقَاعِدُ الْأَسْوَاقِ وَمَجَالِسُ المَسَاجِدِ وَنَحْوُهَا؛ يَصِحُّ نَقْلُ الحَقِّ فِيهِمَا بِغَيْرِ عِوَضٍ؛ لِأَنَّ الحَقَّ فِيهِمَا لَازِمٌ بِالسَّبْقِ، وَلَوْ آثَرَ بِهَا غَيْرَهُ فَسَبَقَ ثَالِثٌ فَجَلَسَ، فَهَلْ يَكُونُ أَحَقَّ مِنَ المُؤْثَرِ أَمْ لَا؟

عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ؛ لِأَنَّ الحَقَّ الْقَائِمَ زَالَ بِانْفِصَالِهِ، فَصَارَ الحَقُّ ثَابِتًا بِالسَّبْقِ.

وَالثَّانِي: لَا؛ لِأَنَّهُ لَوْ قَامَ لِحَاجَةٍ وَنَحْوِهَا لَمْ يَسْقُطْ حَقُّهُ، فَكَذَا إِذَا آثَرَ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّهُ أَقَامَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ، وَبَنَى بَعْضُهُمْ هَذَا الخِلَافَ عَلَى الْقَوْلِ بِعَدَمِ كَرَاهَةِ الْإِيثَارِ بِالْقُرَبِ، فَأَمَّا إِنْ قُلْنَا بِكَرَاهِيَتِهِ فَالسَّابِقُ أَحَقُّ بِهِ وَجْهًا وَاحِدًا، وَفَرَّقَ بَعْضُهُمْ بَيْنَ مَجَالِسِ المَسَاجِدِ وَنَحْوِهَا وَمَقَاعِدِ الْأَسْوَاقِ، فَأَجَازَ النَّقْلَ فِي المَقَاعِدِ خَاصَّةً؛ لِأَنَّهَا مَنَافِعُ دُنْيَوِيَّةٌ، فَهِيَ كَالحُقُوقِ المَالِيَّةِ.

وَمِنْهَا: الطَّعَامُ المُبَاحُ فِي دَارِ الحَرْبِ، يَجُوزُ نَقْلُ الْيَدِ فِيهِ إِلَى مَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الِاسْتِحْقَاقِ مِنَ المَغْنَمِ أَيْضًا؛ لِاشْتِرَاكِ الْكُلِّ فِي اسْتِحْقَاقِ الِانْتِفَاعِ، وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ تَمْلِيكًا، لِانْتِفَاءِ مِلْكِهِ بِالْأَخْذِ، حَتَّى لَوِ احْتَاجَ إِلَى صَاعٍ مِنْ بُرٍّ جَيِّدٍ وَعِنْدَهُ صَاعَانِ رَدِيئَانِ، فَلَهُ أَنْ يُبْدِلَهُمَا بِصَاعٍ؛ إِذْ هُوَ مَأْخُوذٌ عَلَى الْإِبَاحَةِ دُونَ التَّمْلِيكِ، صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ.

وَمِنْهَا: المُبَاحُ أَكْلُهُ مِنْ مَالِ الزَّكَاةِ وَالْأَضَاحِيِّ، يَجُوزُ إِطْعَامُهُ لِلضِّيفَانِ وَنَحْوِهِمْ؛ لِاسْتِقْرَارِ الحَقِّ فِيهِ، بِخِلَافِ طَعَامِ الضِّيَافَةِ، وَلَا يَجُوزُ المُعَاوَضَةُ عَنْ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: مَنَافِعُ الْأَرْضِ الخَرَاجِيَّةِ، فَيَجُوزُ نَقْلُهَا بِغَيْرِ عِوَضٍ إِلَى مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ فِيهَا، وَيَنْتَقِلُ إِلَى الْوَارِثِ، وَيَقُومُ مَقَامَ مَوْرُوثِهِ فِيهَا، وَكَذَلِكَ يَجُوزُ جَعْلُهَا مَهْرًا، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللهِ، وَنَصَّ فِي رِوَايَةِ ابْنِ هَانِئٍ وَغَيْرِهِ عَلَى جَوَازِ دَفْعِهَا إِلَى الزَّوْجَةِ عِوَضًا عَمَّا تَسْتَحِقُّهُ عَلَيْهِ مِنَ المَهْرِ، وَهَذَا مُعَاوَضَةٌ عَنْ مَنَافِعِهَا المَمْلُوكَةِ. فَأَمَّا الْبَيْعُ فَكَرِهَهُ أَحْمَدُ، وَنَهَى عَنْهُ.

وَاخْتَلَفَ قَوْلُهُ فِي بَيْعِ الْعِمَارَةِ الَّتِي فِيهَا؛ لِئَلَّا يُتَّخَذَ طَرِيقًا إِلَى بَيْعِ رَقَبَةِ الْأَرْضِ الَّتِي تُمْلَكُ، بَلْ هِيَ إِمَّا وَقْفٌ وَإِمَّا لِلْمُسْلِمِينَ جَمِيعًا، وَنَصَّ فِي رِوَايَةِ المَرُّوذِيِّ عَلَى أَنَّهُ يَبِيعُ آلَاتِ عِمَارَتِهِ بِمَا يُسَاوِي، وَكُرِهَ أَنْ يَبِيعَ بِأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ لِهَذَا المَعْنَى، وَكَذَلِكَ نَقَلَ عَنْهُ ابْنُ هَانِئٍ أَنَّهُ قَالَ: يُقَوَّمُ دُكَّانُهُ مَا فِيهِ مِنْ غلقٍ وَكُلِّ شَيْءٍ يُحْدِثُهُ فِيهِ، فَيُعْطَى ذَلِكَ، وَلَا أَرَى أَنْ يَبِيعَ سُكْنَى دَارٍ وَلَا دُكَّانٍ، وَرَخَّصَ فِي رِوَايَةٍ عَنْهُ فِي شِرَائِهَا دُونَ بَيْعِهَا؛ لِأَنَّ شِرَاءَهَا اسْتِنْقَاذٌ لَـهَا بِعِوَضٍ مِمَّنْ يَتَعَدَّى الصَّرْف فِيهَا، وَهُوَ جَائِزٌ، وَرَخَّصَ فِي رِوَايَةِ المَرُّوذِيِّ أَيْضًا فِي بَيْعِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِلنَّفَقَةِ مِنْهَا، فَإِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ عَنِ النَّفَقَةِ تَصَدَّقَ بِهِ، وَكُلُّ هَذَا بِنَاءً عَلَى أَنَّ رَقَبَةَ هَذِهِ الْأَرْضِ وَقَفَهَا عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ حَكَى رِوَايَةً أُخْرَى بِجَوَازِ الْبَيْعِ مُطْلَقًا؛ كَالحُلْوَانِيِّ وَابْنِهِ، وَكَذَلِكَ خَرَّجَهَا ابْنُ عَقِيلٍ مِنْ نَصِّ أَحْمَدَ عَلَى صِحَّةِ وَقْفِهَا، وَلَوْ كَانَتْ وَقْفًا

لَـمْ يَصِحَّ وَقْفُهَا، وَكَذَلِكَ وَقَـعَ فِي كَلَامِ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ شَاقلا وَابْنِ أَبِي مُوسَى مَا يَقْتَضِي الجَوَازَ، وَلَهُ مَأْخَذَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْأَرْضَ لَيْسَتْ وَقْفًا، وَهُوَ مَأْخَذُ ابْنِ عَقِيلٍ، وَعَلَى هَذَا فَإِنْ كَانَتْ مَقْسُومَةً فَلَا إِشْكَالَ فِي مِلْكِهَا، وَإِنْ كَانَتْ فَيْئًا لِبَيْتِ المَالِ -وَأَكْثَرُ كَلَامِ أَحْمَدَ يَدُلُّ عَلَيْهِ- فَهَلْ تَصِيرُ وَقْفًا بِنَفْسِ الِانْتِقَالِ إِلَى بَيْتِ المَالِ أَمْ لَا؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا تَصِيرُ وَقْفًا فَلِلْإِمَامِ بَيْعُهَا وَصَرْفُ ثَمَنِهَا إِلَى المَصَالِحِ. وَهَلْ لَهُ إِقْطَاعُهَا إِقْطَاعَ تَمْلِيكٍ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، ذَكَرَ ذَلِكَ الْقَاضِي فِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ.

وَالمَأْخَذُ الثَّانِي: أَنَّ الْبَيْعَ هُنَا وَارِدٌ عَلَى المَنَافِعِ دُونَ الرَّقَبَةِ، فَهُوَ نَقْلٌ لِلْمَنَافِعِ المُسْتَحَقَّةِ بِعِوَضٍ، وَهَذَا اخْتِيَارُ الشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ مِنْ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُ أَجَازَ دَفْعَهَا عِوَضًا عَنِ المَهْرِ، وَيَشْهَدُ لَهُ مَا تَقَدَّمَ مِنَ المُعَاوَضَةِ عَنِ المَنَافِعِ فِي مَسَائِلَ مُتَعَدِّدَةٍ، وَإِنْ كَانَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَالْأَكْثَرُونَ صَرَّحُوا بِعَدَمِ صِحَّةِ بَيْعِ المَنَافِعِ المُجَرَّدَةِ، وَالتَّحْقِيقُ فِي ذَلِكَ أَنَّ المَنَافِعَ نَوْعَانِ:

أَحَدُهُمَا: مَنَافِعُ الْأَعْيَانِ المَمْلُوكَةِ الَّتِي تَقْبَلُ المُعَاوَضَةَ مَعَ أَعْيَانِهَا، فَهَذِهِ قَدْ جَوَّزَ الْأَصْحَابُ بَيْعَهَا فِي مَوَاضِعَ:

مِنْهَا: أَنَّ أَصْلَ وَضْعِ الخَرَاجِ عَلَى الْعَنْوَةِ إِذَا قِيلَ: هِيَ فَيْءٌ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بِأُجْرَةٍ، بَلْ هُوَ شَبِيهٌ بِهَا، وَمُتَرَدِّدٌ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْبَيْعِ.

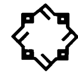
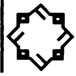
وَمِنْهَا: المُصَالَحَةُ بِعِوَضٍ عَلَى وَضْعِ الْأَخْشَابِ وَفَتْحِ الْأَبْوَابِ وَمُرُورِ المِيَاهِ وَنَحْوِهَا، وَلَيْسَ بِإِجَارَةٍ مَحْضَةٍ؛ لِعَدَمِ تَقْدِيرِهِ المُدَّةَ، وَهُوَ شَبِيهٌ بِالْبَيْعِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ وَاسْتَثْنَى خِدْمَتَهُ سَنَةً، فَهَلْ لَهُ أَنْ يَبِيعَهَا مِنْهُ؟

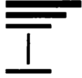
عَلَى رِوَايَتَيْنِ ذَكَرَهُمَا ابْنُ أَبِي مُوسَى، وَهُمَا مَنْصُوصَتَانِ عَنْ أَحْمَدَ، وَلَا يُقَالُ: هُوَ لَا يَمْلِكُ بَيْعَ الْعَبْدِ فِي هَذِهِ الحَالِ؛ لِأَنَّ هَذِهِ المَنَافِعَ كَانَتْ بِمِلْكِ المُعَاوَضَةِ عَنْهَا فِي حَالِ الرِّقِّ، وَقَدِ اسْتَبْقَاهَا بَعْدَ زَوَالِهِ، فَاسْتَمَرَّ حُكْمُ المُعَاوَضَةِ عَلَيْهَا كَمَا يَسْتَمِرُّ حُكْمُ وَطْءِ المُكَاتَبَةِ إِذَا اسْتَثْنَاهُ فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ، وَهَل الْكِتَابَةُ إِلَّا عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ عَلَى المَنَافِعِ؟

النَّوْعُ الثَّانِي: المَنَافِعُ الَّتِي مُلِكَتْ مُجَرَّدَةً عَنِ الْأَعْيَانِ، أَوْ كَانَتْ أَعْيَانُهَا غَيْرَ قَابِلَةٍ لِلْمُعَاوَضَةِ، فَهَذَا مَحَلُّ الخِلَافِ الَّذِي نَتَكَلَّمُ فِيهِ هَهُنَا، وَاللهُ أَعْلَمُ.



الْقَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ وَالثَّمَانُونَ



فِي الِانْتِفَاعِ وَإِحْدَاثِ مَا يُنْتَفَعُ بِهِ مِنَ الطُّرُقِ المَسْلُوكَةِ فِي الْأَمْصَارِ وَالْقُرَى وَهَوَائِهَا وَقَرَارِهَا.

أَمَّا الطَّرِيقُ نَفْسُهُ فَإِنْ كَانَ ضَيِّقًا أَوْ أَحْدَثَ فِيهِ مَا يَضُرُّ بِالمَارَّةِ، فَلَا يَجُوزُ بِكُلِّ حَالٍ، وَأَمَّا مَعَ السَّعَةِ وَانْتِفَاءِ الضَّرَرِ فَإِنْ كَانَ المُحْدَثُ فِيهِ مُتَأَبِّدًا؛ كَالْبِنَاءِ وَالْغِرَاسِ، فَإِنْ كَانَ لِمَنْفَعَةٍ خَاصَّةٍ بِآحَادِ النَّاسِ لَمْ يَجُزْ عَلَى المَعْرُوفِ مِنَ المَذْهَبِ، وَإِنْ كَانَ لِمَنْفَعَةٍ عَامَّةٍ فَفِيهِ خِلَافٌ مَعْرُوفٌ؛ مِنْهُمْ مَنْ يُطْلِقُهُ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَخُصُّهُ بِحَالَةِ انْتِفَاءِ إِذْنِ الْإِمَامِ فِيهِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُتَأَبِّدٍ وَنَفْعُهُ خَاصٌّ كَالجُلُوسِ وَإِيقَافِ الدَّابَّةِ فِيهِ، فَفِيهِ خِلَافٌ أَيْضًا.

وَأَمَّا الْقَرَارُ الْبَاطِنُ فَحُكْمُهُ حُكْمُ الظَّاهِرِ عَلَى المَنْصُوصِ.

وَأَمَّا الهَوَاءُ فَإِنْ كَانَ الِانْتِفَاعُ بِهِ خَاصًّا بِدُونِ إِذْنِ الْإِمَامِ فَالمَعْرُوفُ مَنْعُهُ، وَبِإِذْنِهِ فِيهِ خِلَافٌ.

وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ ذَلِكَ مَسَائِلُ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: إِذَا حَفَرَ فِي طَرِيقٍ وَاسِعٍ بِئْرًا، فَإِنْ كَانَ لِنَفْعِ المُسْلِمِينَ فَفِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: إِنْ كَانَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ جَازَ، وَإِنْ كَانَ بِدُونِ إِذْنِهِ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، قَالَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبُ المُحَرَّرِ.

وَالثَّانِي: فِيهِ رِوَايَتَانِ عَلَى الْإِطْلَاقِ، قَالَهُ أَبُو الخَطَّابِ، وَصَاحِبُ الْمُغْنِي؛ إِذِ الْبِئْرُ مَظِنَّةُ الْعَطَبِ، وَإِنْ كَانَ الحَفْرُ لِنَفْسِهِ ضَمِنَ بِكُلِّ حَالٍ، وَلَوْ كَانَ فِي فِنَائِهِ نَصَّ عَلَيْهِ، وَلَا يَجُوزُ إِذْنُ الْإِمَامِ فِيهِ عِنْدَ الْأَصْحَابِ.

وَفِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ لِلْقَاضِي: أَنَّ لَهُ التَّصَرُّفَ فِي فِنَائِهِ بِمَا شَاءَ مِنْ حَفْرٍ وَغَيْرِهِ إِذَا لَمْ يَضُرَّ، وَأَمَّا فِي فِنَاءِ غَيْرِهِ، فَإِنْ أَضَرَّ بِأَهْلِهِ لَمْ يَجُزْ، وَإِنْ لَمْ يَضُرَّ جَازَ، وَهَلْ يُعْتَبَرُ إِذْنُهُمْ أَوْ إِذْنُ الْإِمَامِ فِي فِنَاءِ الْمَسْجِدِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا بَنَى مَسْجِدًا فِي طَرِيقٍ وَاسِعٍ لَمْ يَضُرَّ بِالْمَارَّةِ، قَالَ الْأَكْثَرُونَ مِنَ الْأَصْحَابِ: إِنْ كَانَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ جَازَ، وَإِلَّا فَرِوَايَتَانِ.

وَقَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الحَكَمِ: أَكْرَهُ الصَّلَاةَ فِي الْمَسْجِدِ الَّذِي لَا يُؤْخَذُ مِنَ الطَّرِيقِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ أَطْلَقَ الرِّوَايَتَيْنِ، وَكَلَامُ أَحْمَدَ أَكْثَرُهُ غَيْرُ مُقَيَّدٍ، قَالَ فِي رِوَايَةِ الْمَرُّوذِيِّ: الْمَسَاجِدُ الَّتِي فِي الطُّرُقَاتِ حُكْمُهَا أَنْ تُهْدَمَ.

وَقَالَ إِسْمَاعِيلُ الشَّالَنْجِيُّ: سَأَلْتُ أَحْمَدَ عَنْ طَرِيقٍ وَاسِعٍ لِلْمُسْلِمِينَ عَنْهُ غِنًى وَبِهِمْ إِلَى أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ مَسْجِدٌ حَاجَةٍ، هَلْ يَجُوزُ أَنْ يُبْنَى هُنَاكَ مَسْجِدٌ؟ قَالَ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِالطَّرِيقِ. قَالَ: وَسَأَلْتُ أَحْمَدَ: هَلْ يُبْنَى عَلَى خَنْدَقِ مَدِينَةِ الْمُسْلِمِينَ مَسْجِدٌ لِلْمُسْلِمِينَ عَامَّةً؟ قَالَ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِالطَّرِيقِ.

قَالَ الجُوزَجَانِيُّ فِي الْمُتَرْجَمِ: وَالَّذِي عَنَى أَحْمَدُ مِنَ الضَّرَرِ بِالطَّرِيقِ مَا وَقَّتَ النَّبِيُّ ﷺ مِنَ السَّبْعِ الْأَذْرُعِ، كَذَا قَالَ، وَمُرَادُهُ أَنَّهُ يَجُوزُ الْبِنَاءُ إِذَا فَضَلَ مِنَ الطَّرِيقِ

سَبْعَةُ أَذْرُعٍ، وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ: «**إِذَا اخْتَلَفْتُمْ فِي الطَّرِيقِ فَاجْعَلُوهُ سَبْعَةَ أَذْرُعٍ**»[1] فِي أَرْضٍ مَمْلُوكَةٍ لِقَوْمٍ أَرَادُوا الْبِنَاءَ فِيهَا وَتَشَاجَرُوا فِي مِقْدَارِ مَا يَتْرُكُونَهُ مِنْهَا لِلطَّرِيقِ، وَبِذَلِكَ فَسَّرَهُ ابْنُ بطَّةَ وَأَبُو حَفْصٍ الْعُكْبَرِيُّ وَالْأَصْحَابُ، وَأَنْكَرُوا جَوَازَ تَضْيِيقِ الطَّرِيقِ الْوَاسِعِ إِلَى أَنْ يَبْقَى مِنْهُ سَبْعَةُ أَذْرُعٍ.

وَمِنْهَا: بِنَاءُ غَيْرِ الْمَسَاجِدِ فِي الطُّرُقَاتِ، فَإِنْ كَانَ الْبِنَاءُ لِلْوَقْفِ عَلَى الْمَسْجِدِ فَهُوَ كَبِنَاءِ الْمَسْجِدِ، قَالَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ابْنُ تَيْمِيَّةَ، وَكَذَا إِنْ كَانَ لِمَصْلَحَةٍ عَامَّةٍ كَخَانٍ مُسَبَّلٍ وَنَحْوِهِ، وَإِنْ كَانَ لِمَنْفَعَةٍ تَخْتَصُّ بِأَحَدِ النَّاسِ فَالْمَشْهُورُ عَدَمُ جَوَازِهِ؛ لِأَنَّ الطَّرِيقَ مُشْتَرَكٌ، فَلَا يَمْلِكُ أَحَدٌ إِسْقَاطَ الْحَقِّ الْمُشْتَرَكِ مِنْهُ وَالِاخْتِصَاص بِهِ، وَلَا يَمْلِكُ الْإِمَامُ الْإِذْنَ فِي ذَلِكَ.

وَفِي كِتَابِ الطُّرُقَاتِ لِابْنِ بطَّةَ أَنَّ بَعْضَ الْأَصْحَابِ أَفْتَى بِجَوَازِهِ، وَأَخَذَهُ مِنْ نَصِّ أَحْمَدَ فِي بِنَاءِ الْمَسْجِدِ. وَالْفَرْقُ وَاضِحٌ؛ لِأَنَّ بِنَاءَ الْمَسْجِدِ حَقُّ الِاشْتِرَاكِ فِيهِ بَاقٍ، غَيْرَ أَنَّهُ انْتَقَلَ مِنِ اسْتِحْقَاقِ الْمُرُورِ إِلَى اسْتِحْقَاقِ اللُّبْثِ لِلْعِبَادَةِ.

وَكَلَامُ أَحْمَدَ يَدُلُّ عَلَى الْمَنْعِ، قَالَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ: إِذَا كَانَ الطَّرِيقُ قَدْ سَلَكَهُ النَّاسُ وَصُيِّرَ طَرِيقًا فَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا شَيْئًا قَلِيلًا وَلَا كَثِيرًا.

وَقَالَ فِي رِوَايَةِ الْعَبَّاسِ بْنِ مُوسَى: إِذَا نَضَبَ الْمَاءُ عَنْ جَزِيرَةٍ لَمْ يُبْنَ فِيهَا؛ لِأَنَّ فِيهَا ضَرَرًا؛ وَهُوَ أَنَّ الْمَاءَ يَرْجِعُ، قَالَ الْقَاضِي: مَعْنَاهُ إِذَا بَنَى فِي طَرِيقِ الْمَارَّةِ

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب المظالم والغصب، باب إذا اختلفوا في الطريق الميتاء: وهي الرحبة تكون بين الطريق، ثم يريد أهلها البنيان، فترك منها الطريق سبعة أذرع، رقم (٢٤٧٣)، ومسلم: كتاب المساقاة، باب قدر الطريق إذا اختلفوا فيه، رقم (١٦١٣).

فَضَرَّ بِالمَارَّةِ فِي ذَلِكَ الطَّرِيقِ فَلَمْ يُجَوِّزْهُ، وَكَرِهَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ بختانَ أَنْ يَطْحَنَ فِي الْغُرُوبِ، وَقَالَ: رُبَّمَا غَرِقَتِ السُّفُنُ. وَقَالَ فِي رِوَايَةِ مُثَنَّى: إذَا كَانَتْ فِي طَرِيقِ النَّاسِ فَلَا يُعْجِبُنِي وَالْغُرُوب كَأَنَّهَا طَاحُونٌ يُصْنَعُ فِي النَّهْرِ الَّذِي تَجْرِي فِيهِ السُّفُنُ، وَكَرِهَ شِرَاءَ مَا يُطْحَنُ فِيهَا.

وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الْغربَةِ فِي النَّهْرِ: إنْ كَانَ وَضْعُهَا بِإِذْنِ الْإِمَامِ، وَالطَّرِيقُ وَاسِعٌ، وَالجَرَيَانُ مُعْتَدِلٌ، بِحَيْثُ يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ مِنْهُ؛ جَازَ، وَإِلَّا لَمْ يَجُزْ. وَلَعَلَّ الْغربَةَ -كَالسَّفِينَةِ- لَا تَتَأَبَّدُ، بِخِلَافِ الْبِنَاءِ، وَحُكْمُ الْغِرَاسِ حُكْمُ الْبِنَاءِ.

وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ فِي النَّخْلَةِ المَغْرُوسَةِ فِي المَسْجِدِ: إِنَّهَا غُرِسَتْ بِغَيْرِ حَقٍّ، فَلَا أُحِبُّ الْأَكْلَ مِنْهَا، وَلَوْ قَلَعَهَا الْإِمَامُ كَانَ أَوْلَى. وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ أَطْلَقَ فِيهَا الْكَرَاهَةَ؛ كَصَاحِبِ المُبْهِجِ، وَجَعَلَ ثَمَرَهَا لِجِيرَانِ المَسْجِدِ الْفُقَرَاءِ، وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ هَانِئٍ وَابْنِ بختانَ فِي دَارِ السَّبِيلِ يُغْرَسُ فِيهَا كَرْمٌ، قَالَ: إنْ كَانَ يَضُرُّ بِهِمْ فَلَا. وَظَاهِرُهُ جَوَازُهُ مَعَ انْتِفَاءِ الضَّرَرِ، وَلَعَلَّ الْغَرْسَ كَانَ لِجِهَةِ السَّبِيلِ أَيْضًا.

وَمِنْهَا: اخْتِصَاصُ آحَادِ النَّاسِ فِي الطَّرِيقِ بِانْتِفَاعٍ لَا يَتَأَبَّدُ، فَمِنْ ذَلِكَ الجُلُوسُ لِلْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ، فَقَالَ الْأَكْثَرُونَ: إنْ كَانَ الطَّرِيقُ وَاسِعًا وَلَا ضَرَرَ فِي الجُلُوسِ بِالمَارَّةِ جَازَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ وَبِدُونِ إذْنِهِ، وَإِلَّا لَمْ يَجُزْ، وَلِلْإِمَامِ أَنْ يُقْطِعَهُ مَنْ شَاءَ، وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ فِي جَوَازِهِ بِدُونِ إذْنِ الْإِمَامِ رِوَايَتَيْنِ، وَحَكَى فِي كِتَابِ الرِّوَايَتَيْنِ فِي المَسْأَلَةِ رِوَايَتَيْنِ بِالجَوَازِ وَالمَنْعِ، ثُمَّ حَمَلَهُمَا عَلَى اخْتِلَافِ حَالَتَيْنِ؛ فَالجَوَازُ إذَا لَمْ يَضُرَّ بِالمَارَّةِ وَالمَنْعُ إذَا ضَرَّ، وَجَعَلَ حَقَّ الجُلُوسِ

كَحَقِّ الِاسْتِطْرَاقِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعَطِّلُ حَقَّ الْمُرُورِ بِالْكُلِّيَّةِ، فَهُوَ كَالْقِيَامِ لِحَاجَةٍ، وَأَظُنُّ أَنَّ ابْنَ بطَّةَ حَكَى قَبْلَهُ رِوَايَتَيْنِ مُطْلَقَتَيْنِ فِي الجَوَازِ وَعَدَمِهِ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ صَاحِبُ الْمُقْنِعِ فِي الجُلُوسِ فِي الطَّرِيقِ الْوَاسِعِ، هَلْ يُوجِبُ ضَمَانَ مَا عَثَرَ بِهِ؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى الخِلَافِ فِي جَوَازِهِ، وَأَمَّا الْقَاضِي فَقَالَ: لَا يَضْمَنُ بِالجُلُوسِ رِوَايَةً وَاحِدَةً.

وَمِنْ ذَلِكَ لَوْ رَبَطَ دَابَّتَهُ أَوْ أَوْقَفَهَا فِي الطَّرِيقِ، وَالمَنْصُوصُ مَنْعُهُ، قَالَ فِي رِوَايَةِ أَبِي الحَارِثِ: إِذَا أَقَامَ دَابَّتَهُ عَلَى الطَّرِيقِ فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا جَنَتْ، لَيْسَ لَهُ فِي الطَّرِيقِ حَقٌّ، وَكَذَا نَقَلَ عَنْهُ أَبُو طَالِبٍ وَحَنْبَلٌ ضَمَانَ جِنَايَةِ الدَّابَّةِ إِذَا رَبَطَهَا فِي الطَّرِيقِ، وَكَذَا أَطْلَقَ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَأَبُو الخَطَّابِ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ بَيْنَ حَالَةِ التَّضْيِيقِ وَالسَّعَةِ، وَمَأْخَذُهُ أَنَّ طَبْعَ الدَّابَّةِ الجِنَايَةُ بِفَمِهَا أَوْ رِجْلِهَا، فَإِيقَافُهَا فِي الطَّرِيقِ كَوَضْعِ الحَجَرِ وَنَصْبِ السِّكِّينِ فِيهِ.

وَحَكَى الْقَاضِي فِي كِتَابِ الرِّوَايَتَيْنِ رِوَايَةً أُخْرَى بِعَدَمِ الضَّمَانِ إِذَا وَقَفَ فِي طَرِيقٍ وَاسِعٍ؛ لِقَوْلِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ أَحْمَدَ بْنِ سَعِيدٍ: إِذَا وَقَفَ عَلَى نَحْوِ مَا يَقِفُ النَّاسُ، أَوْ فِي مَوْضِعٍ يَجُوزُ أَنْ يَقِف فِي مِثْلِهِ، فَنَفَحَتْ[1] بِيَدٍ أَوْ رِجْلٍ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، قَالَ الْقَاضِي: ظَاهِرُهُ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ إِذَا كَانَ وَاقِفًا لِحَاجَةٍ، وَكَانَ الطَّرِيقُ وَاسِعًا.

وَأَمَّا الْآمِدِيُّ فَحَمَلَ المَنْعَ عَلَى حَالَةِ ضِيقِ الطَّرِيقِ، وَالجَوَازَ عَلَى حَالَةِ سَعَتِهِ، وَالمَذْهَبُ عَنْهُ الجَوَازُ مَعَ السَّعَةِ وَعَدَمِ الْإِضْرَارِ رِوَايَةً وَاحِدَةً.

---

(١) نفحت الدابة أي رفست.

وَمِنَ المُتَأَخِّرِينَ مَنْ جعَلَ المَذْهَبَ المَنْعَ رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَصَرَّحَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ بِجَرَيَانِ الخِلَافِ فِي صُورَتَيِ الْقِيَامِ وَالرَّبْطِ، وَخَالَفَ بَعْضُ المُتَأَخِّرِينَ، وَقَالَ: الرَّبْطُ عُدْوَانٌ بِكُلِّ حَالٍ، وَرَبْطُ السَّفِينَةِ وَإِرْسَاؤُهَا فِي النَّهْرِ المَسْلُوكِ؛ قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: إنْ كَانَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ وَالطَّرِيقُ وَاسِعٌ وَالجَرَيَانُ مُعْتَدِلٌ جَازَ، وَإِلَّا لَمْ يَجُزْ.

وَخَالَفَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ فِي اعْتِبَارِ إذْنِ الْإِمَامِ فِي هَذَا لِتَكَرُّرِهِ، قَالَ المَيْمُونِيُّ: مِلْتُ أَنَا وَأَبُو عَبْدِ اللهِ إِلَى الزَّوَارِيقِ -يَعْنِي فِي دِجْلَةَ- فَاكْتَرَى زَوْرَقًا مِنَ الزَّوَارِيقِ، فَرَأَيْتُهُ يَتَخَطَّى زَوَارِيقَ عِدَّةً لِأُنَاسٍ، وَلَمْ أَرَهُ اسْتَأْذَنَ أَحَدًا مِنْهُمْ، قَالَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ: لِأَنَّهُ حَرِيمُ دِجْلَةَ، وَهُوَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، فَلَمَّا ضَيَّقُوهُ جَازَ المَشْيُ عَلَيْهِ.

وَعَلَى قِيَاسِ ذَلِكَ لَوْ وُضِعَ فِي المَسْجِدِ سَرِيرٌ وَنَحْوُهُ جَازَتِ الصَّلَاةُ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانٍ، بِخِلَافِ مَا إذَا بَسَطَ فِيهِ مُصَلًّى، وَقُلْنَا: لَا يَثْبُتُ بِهِ السَّبْقُ، فَإِنَّهُ يُرْفَعُ وَيُصَلَّى مَوْضِعَهُ، وَلَا يُصَلَّى عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ رَفْعَهُ لَا مَشَقَّةَ فِيهِ.

وَمِنْ ذَلِكَ الِانْتِفَاعُ بِالطَّرِيقِ بِإِلْقَاءِ الْكُنَاسَةِ وَالْأَقْذَارِ، فَإِنْ كَانَ نَجَاسَةً فَهُوَ كَالتَّخَلِّي فِي الطَّرِيقِ، وَهُوَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ، لَكِنْ هَلْ هُوَ نَهْيُ كَرَاهَةٍ أَوْ نَهْيُ تَحْرِيمٍ؟

كَلَامُ الْأَصْحَابِ مُخْتَلَفٌ فِي ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَحْصُلُ بِهِ الزَّلَقُ، كَرَشِّ المَاءِ وَصَبِّهِ، وَإِلْقَاءِ قُشُورِ الْبِطِّيخِ، أَوْ يَحْصُلُ بِهِ الْعُثُورُ؛ كَالحَجَرِ، فَلَا يَجُوزُ، وَالضَّمَانُ وَاجِبٌ بِهِ، وَقَدْ نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَشِّ المَاءِ، قَالَ فِي التَّرْغِيبِ: إلَّا أَنْ يَرُشَّهُ لِيَسْكُنَ بِهِ الْغُبَارُ، فَهُوَ مَصْلَحَةٌ عَامَّةٌ، فَيَصِيرُ كَحَفْرِ الْبِئْرِ السَّابِلَةِ. وَفِيهِ رِوَايَتَانِ.

وَمِنْهَا: الحَفْرُ فِي الطَّرِيقِ، وَهُوَ مَمْنُوعٌ، سَوَاءٌ تَرَكَهُ ظَاهِرًا أَوْ غَطَّاهُ وَأَسْقَفَ عَلَيْهِ.

قَالَ المَرُّوذِيُّ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللهِ عَنِ الرَّجُلِ يَحْفِرُ فِي فِنَائِهِ الْبِئْرَ أَوِ المَخْرَجَ المُغْلَقَ، قَالَ: لَا، هَذَا طَرِيقٌ لِلْمُسْلِمِينَ. قُلْتُ: إِنَّمَا هِيَ بِئْرٌ تُحْفَرُ وَيُسَدُّ رَأْسُهَا. قَالَ: أَلَيْسَ فِي طَرِيقِ المُسْلِمَيْنِ؟ أَكْرَهُ هَذَا كُلَّهُ. فَمَنَعَ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي بَاطِنِ الطَّرِيقِ بِالحَفْرِ، وَنَقَلَ عَنْهُ ابْنُ هَانِئٍ وَابْنُ بختانَ وَالْفَضْلُ بْنُ زِيَادٍ فِي رَجُلٍ فِي دَارِهِ شَجَرَةٌ، فَنَبَتَ مِنْ عُرُوقِهَا شَجَرَةٌ فِي دَارِ رَجُلٍ آخَرَ، لِمَنْ هَذِهِ الشَّجَرَةُ؟

قَالَ: مَا أَدْرِي مَا هَذَا، وَرُبَّمَا كَانَ ضَرَرًا عَلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ.

قَالَ الْقَاضِي: وَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا ضَرَرٌ، وَهُوَ أَنْ تَكُونَ عُرُوقُهَا تَحْتَ الْأَرْضِ، لَا يُؤْخَذُ بِقَلْعِهَا؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ إِنَّمَا يَكُونُ بِظُهُورِهَا عَلَى وَجْهِ الْأَرْضِ. انْتَهَى.

وَفِيهِ نَظَرٌ، وَصَرَّحَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الْوَاضِحِ فِي أُصُولِ الْفِقْهِ بِوُجُوبِ إِزَالَةِ عُرُوقِ شَجَرَتِهِ مِنْ أَرْضِ غَيْرِهِ.

وَمِنْهَا: إِشْرَاعُ الْأَجْنِحَةِ وَالسَّابَاطَاتِ وَالخَشَبِ وَالحِجَارَةِ فِي الجِدَارِ إِلَى الطَّرِيقِ، فَلَا يَجُوزُ، وَيَضْمَنُ بِهِ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ وَابْنِ مَنْصُورٍ وَمُهَنَّا وَغَيْرِهِمْ. وَلَمْ يُعْتَبَرْ إِذْنُ الْإِمَامِ فِي ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ وَصَاحِبُ المُغْنِي، وَقَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَالْأَكْثَرُونَ: يَجُوزُ بِإِذْنِ الْإِمَامِ مَعَ انْتِفَاءِ الضَّرَرِ بِهِ، وَفِي شَرْحِ الْهِدَايَةِ لِلشَّيْخِ مَجْدِ الدِّينِ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ: إِنْ كَانَ لَا يَضُرُّ بِالمَارَّةِ جَازَ. وَهَلْ يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِ الْإِمَامِ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: يَفْتَقِرُ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ المُسْلِمِينَ، فَلَا يَجُوزُ تَخْصِيصُهُ بِجِهَةٍ خَاصَّةٍ إِلَّا لِلْإِمَامِ.

وَالثَّانِيَةُ: لَا يَفْتَقِرُ؛ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الطَّرِيقِ المُرُورُ، وَهُوَ لَا يَخْتَلُّ بِذَلِكَ.

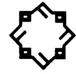
وَأَمَّا المَيَازِيبُ وَمَسِيلُ المِيَاهِ فَكَذَلِكَ عِنْدَ الْأَصْحَابِ، قَالَ المَرُّوذِيُّ: سُقِفَ لِأَبِي عَبْدِ اللهِ سَطْحُ الحَاكَةِ، وَجُعِلَ مَسِيلُ المِيَاهِ إِلَى الطَّرِيقِ، وَبَاتَ تِلْكَ اللَّيْلَةَ، فَلَمَّا أَصْبَحَ قَالَ: ادْعُ لِي النَّجَّارَ يُحَوِّلُ المِيزَابَ إِلَى الدَّارِ.

فَدَعَوْتُهُ لَهُ فَحَوَّلَهُ، وَهَذَا لَا يَدُلُّ عَلَى التَّحْرِيمِ؛ لِأَنَّهُ لَوِ اعْتَقَدَهُ مُحَرَّمًا لَمْ يَفْعَلْهُ ابْتِدَاءً، وَإِنَّمَا حَوَّلَهُ تَوَرُّعًا؛ لِحُصُولِ الشُّبْهَةِ فِيهِ.

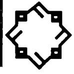
وَفِي المُغْنِي احْتِمَالٌ بِجَوَازِهِ مُطْلَقًا مَعَ انْتِفَاءِ الضَّرَرِ، وَاخْتَارَهُ طَائِفَةٌ مِنَ المُتَأَخِّرِينَ. وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: إِخْرَاجُ المَيَازِيبِ إِلَى الدَّرْبِ النَّافِذِ هُوَ السُّنَّةُ، وَذَكَرَ حَدِيثَ الْعَبَّاسِ[1] فِي ذَلِكَ، وَالمَانِعُونَ يَقُولُونَ: مِيزَابُ الْعَبَّاسِ وَضَعَهُ النَّبِيُّ ﷺ- بِيَدِهِ، فَكَانَ أَبْلَغَ مِنْ إِذْنِهِ فِيهِ، وَلَا كَلَامَ فِيمَا أَذِنَ فِيهِ الْإِمَامُ.



(١) أخرجه أحمد (١/ ٢١٠)، وأبو داود في المراسيل (ص:٢٩٣، رقم ٤٠٦).




الْقَاعِدَةُ التَّاسِعَةُ وَالثَّمَانُونَ






أَسْبَابُ الضَّمَانِ ثَلَاثَةٌ: عَقْدٌ، وَيَدٌ، وَإِتْلَافٌ.

أَمَّا عُقُودُ الضَّمَانِ فَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُهَا، وَكَذَلِكَ سَبَقَ ذِكْرُ الْأَيْدِي الضَّامِنَةِ.

وَأَمَّا الْإِتْلَافُ فَالْمُرَادُ بِهِ أَنْ يُبَاشِرَ الْإِتْلَافَ بِسَبَبٍ يَقْتَضِيهِ؛ كَالْقَتْلِ وَالْإِحْرَاقِ، أَوْ يَنْصِبَ سَبَبًا عُدْوَانًا فَيَحْصُلَ بِهِ الْإِتْلَافُ، بِأَنْ يَحْفِرَ بِئْرًا فِي غَيْرِ مِلْكِهِ عُدْوَانًا، أَوْ يُؤَجِّجَ نَارًا فِي يَوْمِ رِيحٍ عَاصِفٍ، فَيَتَعَدَّى إِلَى إِتْلَافِ مَالِ الْغَيْرِ، أَوْ كَانَ الْمَاءُ مُحْتَبِسًا بِشَيْءٍ وَعَادَتُهُ الِانْطِلَاقُ، فَيُزِيلُ احْتِبَاسَهُ، وَسَوَاءٌ كَانَ لَهُ اخْتِيَارٌ فِي انْطِلَاقِهِ أَوْ لَمْ يَكُنْ، فَدَخَلَ تَحْتَ ذَلِكَ مَا إِذَا حَلَّ وِكَاءَ زِقٍّ مَائِعٍ فَانْدَفَقَ، أَوْ فَتَحَ قَفَصًا عَنْ طَائِرٍ فَطَارَ، أَوْ حَلَّ عَبْدًا آبِقًا فَهَرَبَ، هَذَا هُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ ابْنُ حَامِدٍ وَالْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ؛ لِأَنَّهُ تَسَبَّبَ إِلَى الْإِتْلَافِ بِمَا يَقْتَضِيهِ عَادَةً.

وَاسْتَثْنَى ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُنُونِهِ مَا كَانَ مِنَ الطُّيُورِ يَأْلَفُ الْبُرُوجَ وَيَعْتَادُ الْعَوْدَ، فَقَالَ: لَا ضَمَانَ فِي إِطْلَاقِهِ وَإِنْ لَمْ يَعُدْ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةٌ بِعَوْدِهِ، فَلَيْسَ إِطْلَاقُهُ إِتْلَافًا.

وَقَالَ أَيْضًا فِي الْفُنُونِ: الصَّحِيحُ التَّفْرِقَةُ بَيْنَ مَا يُحَالُ الضَّمَانُ عَلَى فِعْلِهِ كَالْآدَمِيِّ، وَمَا لَا يُحَالُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ؛ كَالْحَيَوَانَاتِ وَالْجَمَادَاتِ، فَإِذَا حَلَّ قَيْدَ الْعَبْدِ لَمْ يَضْمَنْ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَهُ اخْتِيَارٌ، وَيَصِحُّ إِحَالَةُ الضَّمَانِ عَلَيْهِ، فَيَقْطَعُ مُبَاشَرَتُهُ لِلتَّلَفِ بِسَبَبِ مُطْلِقِهِ.

وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ إِنَّمَا يَصِحُّ لَوْ كَانَ الْعَبْدُ مِنْ أَهْلِ الضَّمَانِ لِسَيِّدِهِ، فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الضَّمَانِ لِلسَّيِّدِ تَعَيَّنَ إِحَالَةُ الضَّمَانِ عَلَى الْمُتَسَبِّبِ، وَلِهَذَا قَالَ الْأَصْحَابُ: إِنَّ جِنَايَةَ الْعَبْدِ الْمَغْصُوبِ عَلَى سَيِّدِهِ مَضْمُونَةٌ عَلَى الْغَاصِبِ حَيْثُ لَمْ يَكُنِ الْعَبْدُ مِنْ أَهْلِ الضَّمَانِ لِلسَّيِّدِ، فَأُحِيلَ عَلَى الْغَاصِبِ لِتَعَدِّيهِ بِوَضْعِ يَدِهِ عَلَيْهِ، مَعَ أَنَّهُ لَيْسَ سَبَبًا لِلْجِنَايَةِ.

وَلَكِنْ خَرَّجَ ابْنُ الزَّاغُونِيِّ فِي الْإِقْنَاعِ وَجْهًا آخَرَ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَى الْغَاصِبِ؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ مِنْ أَصْلِهَا غَيْرُ قَابِلَةٍ لِلتَّضْمِينِ؛ لِتَعَلُّقِهَا بِالرَّقَبَةِ الْمَمْلُوكَةِ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ، فَلَا يَلْزَمُ الْغَاصِبَ شَيْءٌ مِنْهَا، وَلَا يَلْزَمُ مِثْلُهُ فِي مُطْلَقِ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُ مُتَسَبِّبٌ إِلَى الْإِتْلَافِ، فَإِذَا لَمْ يُمْكِنْ إِحَالَةُ الضَّمَانِ عَلَى الْمُبَاشِرِ أُحِيلَ عَلَى الْمُتَسَبِّبِ؛ صِيَانَةً لِلْجِنَايَةِ عَلَى مَالِ الْمَعْصُومِ عَنِ الْإِهْدَارِ مَهْمَا أَمْكَنَ.

وَخَرَّجَ الْآمِدِيُّ وَجْهًا آخَرَ أَنَّ جِنَايَةَ الْعَبْدِ عَلَى سَيِّدِهِ مَضْمُونَةٌ عَلَيْهِ فِي ذِمَّتِهِ، يُتَّبَعُ بِهَا بَعْدَ عِتْقِهِ، وَهَهُنَا فَرْعٌ مُتَرَدَّدٌ فِيهِ بَيْنَ ضَمَانِ الْيَدِ وَضَمَانِ الْإِتْلَافِ، وَهُوَ مَا إِذَا حَفَرَ بِئْرًا عُدْوَانًا، أَوْ نَصَبَ شَبَكَةً أَوْ مِنْجَلًا لِلصَّيْدِ، ثُمَّ مَاتَ، ثُمَّ وَقَعَ فِي الْبِئْرِ حَيَوَانٌ مَضْمُونٌ، أَوْ عَثَرَ بِآلَاتِ الصَّيْدِ حَيَوَانٌ مَضْمُونٌ، فَإِنْ جَعَلْنَاهُ مِنْ بَابِ الْإِتْلَافِ ضَمِنَ مِنَ التَّرِكَةِ، وَبِهِ صَرَّحَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ فِي بَابِ الرَّهْنِ، حَتَّى قَالَا: لَوْ بِيعَتِ التَّرِكَةُ لَفُسِخَ فِي قَدْرِ الضَّمَانِ مِنْهَا لِسَبْقِ سَبَبِهِ، وَلَوْ كَانَتِ التَّرِكَةُ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ الْوَرَثَةُ قَبْلَ الْوُقُوعِ ضَمِنُوا قِيمَةَ الْعَبْدِ كَالْمَرْهُونِ، صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي الْخِلَافِ، وَإِنْ جَعَلْنَاهُ مِنْ ضَمَانِ الْيَدِ، فَهَلْ يُجْعَلُ كَيَدِ الْمُشَاهَدَةِ بَعْدَ الْمَوْتِ أَوْ يُجْعَلُ الْيَدَ لِمَنِ انْتَقَلَ الْمِلْكُ إِلَيْهِ؟

يَحْتَمِلُ عَلَى وَجْهَيْنِ، أَصْلُهُمَا اخْتِلَافُ الْأَصْحَابِ فِيمَا لَوْ نَصَبَ شَبَكَةً فَوَقَعَ فِيهَا صَيْدٌ بَعْدَ مَوْتِهِ، هَلْ هُوَ تَرِكَةٌ مَوْرُوثَةٌ جَعْلًا لَهَا كَيَدِهِ الْمُشَاهَدَةِ، أَوْ هُوَ مِلْكٌ لِلْوَرَثَةِ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ كَأَيْدِيهِمْ؟

وَالَّذِي صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ أَنَّهُ تَرِكَةٌ مَوْرُوثَةٌ، وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي الِانْتِصَارِ: بَلْ هُوَ مِلْكٌ لِلْوَرَثَةِ بِانْتِقَالِ مِلْكِ الشَّبَكَةِ إِلَيْهِ، كَمَا يَتَوَلَّدُ مِنَ النِّتَاجِ الْمَوْرُوثِ، وَيُثْمِرُ مِنَ الشَّجَرِ.

وَأَمَّا فِي الْعُدْوَانِ الْمُجَرَّدِ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَنْقَطِعَ حُكْمُهُ بِمَوْتِهِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ضَمَانُهُ مِنْ تَرِكَةِ الْمُتَعَدِّي لِانْعِقَادِ سَبَبِهِ فِي حَيَاتِهِ، وَيُشْبِهُ ذَلِكَ الْخِلَافَ فِيمَنْ مَالَ حَائِطُهُ فَطُولِبَ بِنَقْضِهِ فَبَاعَهُ، ثُمَّ سَقَطَ، هَلْ يَسْقُطُ عَنْهُ الضَّمَانُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ سَبَقَ ذِكْرُهُمَا. وَهَلْ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى مَنِ انْتَقَلَ الْمِلْكُ إِلَيْهِ إِذَا اسْتَدَامَهُ أَمْ لَا؟

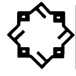
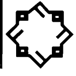
الْأَظْهَرُ وُجُوبُهُ عَلَيْهِ؛ كَمَنِ اشْتَرَى حَائِطًا مَائِلًا فَإِنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ الْبَائِعِ فِيهِ، فَإِذَا طُولِبَ بِإِزَالَتِهِ فَلَمْ يَفْعَلْ ضَمِنَ عَلَى رِوَايَةٍ.

وَلَوْ حَفَرَ عَبْدُهُ بِئْرًا عُدْوَانًا بِغَيْرِ إِذْنِهِ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ، ثُمَّ تَلِفَ بِهَا مَالٌ أَوْ غَيْرُهُ، فَفِي الْمُغْنِي الضَّمَانُ عَلَى الْعَبْدِ؛ لِاسْتِقْلَالِهِ بِالْجِنَايَةِ، وَفِي التَّلْخِيصِ: هُوَ عَلَى السَّيِّدِ بِقَدْرِ قِيمَةِ الْعَبْدِ فَمَا دُونَ؛ لِثُبُوتِهِ عَلَيْهِ قَبْلَ الْعِتْقِ بِذَلِكَ، فَقَدْ وُجِدَ السَّبَبُ فِي مِلْكِهِ فَلَا يَنْتَقِلُ وَهُوَ بَعِيدٌ.

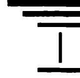
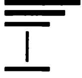
تَنْبِيهٌ: لَوْ أَتْلَفَ الْغَاصِبُ الْمَغْصُوبَ ضَمِنَهُ ضَمَانَ إِتْلَافٍ وَيَدٍ، وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّ مَنْ أَمْسَكَ صَيْدًا فِي الْحَرَمِ، ثُمَّ كَفَّرَ عَنْهُ، ثُمَّ ذَبَحَهُ، أَنَّهُ يُجْزِيهِ، وَهَذَا

يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ جعَلَهُ ضَمانَ يَدٍ، وَإِلَّا لَمَا جازَ تَقْدِيمُ كَفَّارَةِ الْإِتْلَافِ عَلَيْهِ، وَيَدُلُّ أَيْضًا عَلَى جَوَازِ تَقْدِيم الْكَفَّارَةِ، وَإِنْ كَانَ مُوجبُهَا مَعْصِيَةً، وَفِيهِ وَجْهٌ بِالْمَنْعِ ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي تَعْلِيقِهِ؛ لِأَنَّ التَّقْدِيمَ رُخْصَةٌ، فَلَا تُسْتَبَاحُ بِمُحَرَّمٍ.



الْقَاعِدَةُ التِّسْعُونَ



الْأَيْدِي الْمُسْتَوْلِيَةُ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ثَلَاثَةٌ:

١- يَدٌ يُمْكِنُ أَنْ يَثْبُتَ بِاسْتِيلَائِهَا الْمِلْكُ، فَيَنْتَفِي الضَّمَانُ عَمَّا يَسْتَوْلِي عَلَيْهِ، سَوَاءٌ حَصَلَ الْمِلْكُ بِهِ أَوْ لَمْ يَحْصُلْ.

٢- وَيَدٌ لَا يَثْبُتُ لَهَا الْمِلْكُ، وَيَنْتَفِي عَنْهَا الضَّمَانُ.

٣- وَيَدٌ لَا يَثْبُتُ لَهَا الْمِلْكُ وَيَثْبُتُ عَلَيْهَا الضَّمَانُ.

أَمَّا الْأُولَى فَيَدْخُلُ فِيهَا صُوَرٌ:

مِنْهَا: اسْتِيلَاءُ الْمُسْلِمِينَ عَلَى أَمْوَالِ أَهْلِ الْحَرْبِ.

وَمِنْهَا: اسْتِيلَاءُ أَهْلِ الْحَرْبِ عَلَى أَمْوَالِ الْمُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّهُمْ يَمْلِكُونَ عَلَيْنَا بِالِاسْتِيلَاءِ، وَهُوَ الْمَشْهُورُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ، وَيَنْتَفِي الضَّمَانُ عَنْهُمْ فِيمَا لَمْ يَمْلِكُوهُ أَيْضًا مِمَّا تَثْبُتُ عَلَيْهِ الْأَيْدِي؛ كَأُمِّ الْوَلَدِ، وَمَا لَمْ يَحُوزُوهُ إِلَى دَارِهِمْ، وَمَا شَرَدَ إِلَيْهِمْ مِنْ دَوَابِّ الْمُسْلِمِينَ وَأَرِقَّائِهِمْ عَلَى قَوْلِنَا: إِنَّهُمْ لَا يَمْلِكُونَ ذَلِكَ أَيْضًا.

وَمِنْهَا: اسْتِيلَاءُ الْأَبِ عَلَى مَالِ الِابْنِ، فَإِنْ كَانَ اسْتِيلَاءٌ يَحْصُلُ بِهِ الْمِلْكُ فَلَا إِشْكَالَ فِي انْتِفَاءِ الضَّمَانِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى غَيْرِ وَجْهِ التَّمَلُّكِ فَلَا يَثْبُتُ بِهِ الضَّمَانُ، وَلَوْ أَتْلَفَهُ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ صَاحِبِ الْمُحَرَّرِ.

وَأَمَّا الْيَدُ الثَّانِيَةُ فَيَدْخُلُ فِيهَا صُوَرٌ:

مِنْهَا: مَنْ لَهُ وِلَايَةٌ شَرْعِيَّةٌ بِالْقَبْضِ.

وَمِنْهَا: مَنْ قَبَضَ المَالَ لِحِفْظِهِ عَلَى المَالِكِ فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُهُ، وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِيمَنْ أَخَذَ آبِقًا لِيَرُدَّهُ إِلَى سَيِّدِهِ، فَهَرَبَ مِنْهُ، أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، لَكِنَّ أَخْذَ الْآبِقِ فِيهِ إِذْنٌ شَرْعِيٌّ.

وَفِي التَّلْخِيصِ وَجْهٌ آخَرُ بِالضَّمَانِ فِي الْمُسْتَنْقَذِ مِنَ الْغَاصِبِ لِلرَّدِّ لِعَدَمِ الْوِلَايَةِ وَهُوَ ضَعِيفٌ، وَلَوْ كَانَ الْقَابِضُ حَاكِمًا فَهُوَ أَوْلَى بِنَفْيِ الضَّمَانِ؛ لِعُمُومِ وِلَايَتِهِ.

وَفِي التَّلْخِيصِ فِيمَا إِذَا حَمَلَ المَغْصُوبُ إِلَيْهِ لِيَدْفَعَهُ إِلَى مَالِكِهِ، فَهَلْ يَلْزَمُ قَبُولُهُ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، وَصَحَّحَ اللُّزُومَ، وَهُوَ تَفْرِيقٌ بَيْنَ الحَاكِمِ وَغَيْرِهِ، وَفِي الْمُجَرَّدِ وَالْفُصُولِ وَالْمُغْنِي: لَيْسَ لِلْحَاكِمِ انْتِزَاعُ مَالِ الْغَائِبِ وَالمَغْصُوبِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ وِلَايَةٌ عَلَيْهِ بِوَجْهٍ مَا، مِثْلَ أَنْ يَجِدَهُ فِي تَرِكَةِ مَيِّتٍ وَوَارِثُهُ غَائِبٌ، فَلَهُ الْأَخْذُ؛ لِأَنَّ لَهُ وِلَايَةً عَلَى تَرِكَةِ المَيِّتِ بِتَنْفِيذِ وَصَايَاهُ وَقَضَاءِ دُيُونِهِ، أَوْ يَجِدَهَا فِي يَدِ السَّارِقِ، فَيَقْطَعُهُ وَتُنْزَعُ مِنْهُ الْعَيْنُ تَبَعًا لِوِلَايَةِ الْقَطْعِ، وَالمَسْأَلَةُ مَذْكُورَةٌ فِي مَسْأَلَةِ وُجُوبِ الْقِصَاصِ لِلْغَائِبِ وَمَسْأَلَةِ قَطْعِ السَّارِقِ لِمَالِ الْغَائِبِ.

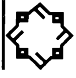
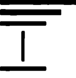
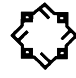
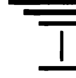
وَمِنْهَا: الطَّائِفَةُ الْمُمْتَنِعَةُ عَنْ حُكْمِ الْإِمَامِ؛ كَالْبُغَاةِ، لَا يَضْمَنُ الْإِمَامُ وَطَائِفَتُهُ مَا أَتْلَفُوهُ عَلَيْهِمْ حَالَ الحَرْبِ، وَفِي تَضْمِينِهِمْ مَا أَتْلَفُوهُ عَلَى الْإِمَامِ فِي تِلْكَ الحَالِ رِوَايَتَانِ:

أَصَحُّهُمَا: نَفْيُ الضَّمَانِ إِلْحَاقًا لَهُمْ بِأَهْلِ الحَرْبِ.

وَأَمَّا أَهْلُ الرِّدَّةِ إِذَا لَحِقُوا بِدَارِ الحَرْبِ أَوِ اجْتَمَعُوا بِدَارٍ مُنْفَرِدِينَ وَلَهُمْ مَنْفَعَةٌ فَفِي تَضْمِينِهِمْ رِوَايَتَانِ، وَاخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ عَدَمَ التَّضْمِينِ إِلْحَاقًا لَـهُمْ بِأَهْلِ دَارِ الحَرْبِ.

وَأَمَّا الْيَدُ الثَّالِثَةُ: فَهِيَ الْيَدُ الْعَارِيَّةُ الَّتِي يَتَرَتَّبُ عَلَيْهَا الضَّمَانُ.



الْقَاعِدَةُ الحَادِيَةُ وَالتِّسْعُونَ



يُضْمَنُ بِالْعَقْدِ وَبِالْيَدِ الْأَمْوَالُ المَحْضَةُ المَنْقُولَةُ إِذَا وُجِدَ فِيهَا النَّقْلُ.

فَأَمَّا غَيْرُ المَنْقُولِ فَالمَشْهُورُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ يَضْمَنُ بِالْعَقْدِ وَبِالْيَدِ أَيْضًا كَمَا يَضْمَنُ فِي عُقُودِ التَّمْلِيكَاتِ بِالِاتِّفَاقِ، وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّ الْعَقَارَ لَا يُضْمَنُ بِمُجَرَّدِ الْيَدِ فِي الْغَصْبِ مِنْ غَيْرِ إِتْلَافٍ. وَكَذَلِكَ قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ الْعُكْبَرِيُّ فِي الْعَارِيَّةِ فِيمَا قَرَأْتُهُ بِخَطِّ الْقَاضِي.

وَأَمَّا المَنْقُولُ فَإِنْ حَصَلَ نَقْلُهُ تَرَتَّبَ عَلَيْهِ ضَمَانُ الْيَدِ وَالْعَقْدِ، وَإِنْ لَمْ يُوجَدِ النَّقْلُ فَهَلْ يُضْمَنُ بِالْعَقْدِ؟ فِيهِ كَلَامٌ سَبَقَ فِي أَحْكَامِ الْقُبُوضِ.

وَأَمَّا الْيَدُ المُجَرَّدَةُ فَقَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: لَا يَتَوَقَّفُ الضَّمَانُ بِهَا عَلَى النَّقْلِ أَيْضًا كَالْعَقْدِ، وَكَمَا يَصِيرُ المُودَعُ ضَامِنًا بِمُجَرَّدِ جُحُودِ الْوَدِيعَةِ مِنْ غَيْرِ نَقْلٍ وَلَا إِزَالَةِ يَدٍ.

وَرَتَّبَ عَلَى ذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ بَاعَ الْغَاصِبُ الْعَيْنَ المَغْصُوبَةَ وَخَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ المُشْتَرِي فَتَلِفَتْ قَبْلَ النَّقْلِ ثُمَّ جَاءَ المَالِكُ، أَنَّ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ المُشْتَرِيَ، قَالَ: وَإِنْ سَلَّمْنَاهُ تَعَيَّنَ مَنْعُ تَضْمِينِهِ، فَلِأَنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ كَمَالُ الِاسْتِيلَاءِ، وَهُوَ النَّقْلُ فِيمَا يُمْكِنُ نَقْلُهُ، وَجَزَمَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي نَظَرِيَّاتِهِ بِأَنَّ المُشْتَرِيَ هَاهُنَا لَا يَضْمَنُهُ ضَمَانَ غَصْبٍ، وَإِنْ كَانَ يَضْمَنُهُ فِي الْبَيْعِ الصَّحِيحِ ضَمَانَ عَقْدٍ بِمُجَرَّدِ التَّخْلِيَةِ، وَقَاسَهُ عَلَى الْعَقَارِ،

فَإِنَّ الْبَائِعَ إِذَا خَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُشْتَرِي صَارَ مِنْ ضَمانِهِ بِالْعَقْدِ، وَلَوْ ظَهَرَ لَهُ مُسْتَحِقٌّ لَمْ يَضْمَنْهُ بِذَلِكَ ضَمانَ غَصْبٍ فِيمَا يَقْبَلُ النَّقْلَ، وَإِنَّمَا تَرَدَّدَ فِي هَذَا لِأَنَّهُ فَرْعٌ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ الضَّمانِ بِالْعَقْدِ وَبِالْيَدِ، وَفِي التَّلْخِيصِ إِثْبَاتُ الْيَدِ فِيمَا يُنْقَلُ بِالنَّقْلِ إِلَّا فِي الدَّابَّةِ، فَإِنَّ رُكُوبَهَا كَافٍ، وَكَذَلِكَ الْجُلُوسُ عَلَى الْفُرُشِ؛ لِأَنَّهُ غَايَةُ الِاسْتِيلَاءِ، وَصَرَّحَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ بِمِثْلِ ذَلِكَ فِي الدَّابَّةِ.

وَأَمَّا غَيْرُ الْأَمْوَالِ الْمَحْضَةِ فَنَوْعَانِ:

أَحَدُهُمَا: مَا فِيهِ شَائِبَةُ الْحُرِّيَّةِ؛ لِثُبُوتِ بَعْضِ أَحْكَامِهَا دُونَ حَقِيقَتِهَا؛ كَأُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُكَاتَبِ وَالْمُدَبَّرِ، فَيُضْمَنُ بِالْيَدِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ، وَكَذَلِكَ يُضْمَنُ بِالْعَقْدِ الْفَاسِدِ فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ، قَالَهُ أَبُو الْبَرَكَاتِ فِي تَعْلِيقِهِ عَلَى الْهِدَايَةِ.

وَالثَّانِي: الْحُرُّ الْمَحْضُ، هَلْ تَثْبُتُ عَلَيْهِ الْيَدُ فَيَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ الضَّمانُ أَمْ لَا؟

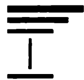
الْمَعْرُوفُ مِنَ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْحُرَّ لَا تَثْبُتُ عَلَيْهِ الْيَدُ، فَلَا يَضْمَنُ بِهَا بِحَالٍ، وَلَوْ كَانَ تَابِعًا لِمَنْ تَثْبُتُ عَلَيْهِ الْيَدُ، كَمَنْ غَصَبَ أَمَةً حَامِلًا بِحُرٍّ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ بِمَا يُشْعِرُ أَنَّهُ مَحَلُّ وِفَاقٍ، حَكَى الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ أَيْضًا، وَتَابَعَهُ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فِي ثُبُوتِ الْيَدِ عَلَى الْحُرِّ الصَّغِيرِ وَضَمانه بِالتَّلَفِ تَحْتَهَا رِوَايَتَيْنِ مَنْصُوصَتَيْنِ لِشَبَهِهِ بِالْعَبْدِ حَيْثُ يَتَمَكَّنُ مِنْ دَعْوَى نَسَبِهِ مَعَ جَهَالَتِهِ وَدَعْوَى رِقِّهِ.

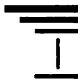
وَقَالَ الْقَاضِي فِي مَوَاضِعَ مُتَعَدِّدَةٍ مِنْ خِلَافِهِ: تَثْبُتُ الْيَدُ عَلَى الْحُرِّ الْكَبِيرِ بِالْعَقْدِ دُونَ الْيَدِ، وَبَنَى عَلَى ذَلِكَ أَنَّ الْأَجِيرَ الْخَاصَّ إِذَا أَسْلَمَ نَفْسَهُ إِلَى مُسْتَأْجِرِهِ فَلَمْ يَسْتَعْمِلْهُ اسْتَقَرَّتْ لَهُ الْأُجْرَةُ؛ لِتَلَفِ مَنَافِعِهِ تَحْتَ يَدِهِ.

وَكَذَلِكَ يَجِبُ الْمَهْرُ بِالْخَلْوَةِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ عِنْدَنَا لِدُخُولِ الْمَنْفَعَةِ تَحْتَ الْيَدِ بِالتَّمَكُّنِ مِنْ الِاسْتِيفَاءِ، وَكَذَلِكَ لَوْ تَدَاعَى اثْنَانِ زَوْجِيَّةَ امْرَأَةٍ، وَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ، وَهِيَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا، فَهِيَ لَهُ تَرْجِيحًا بِالْيَدِ، كَذَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي، وَإِنَّمَا يَتَوَجَّهُ عَلَى قَوْلِنَا بِتَقَدُّمِ بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ، وَحَكَى صَاحِبُ التَّلْخِيصِ وَجْهًا بِثُبُوتِ الْيَدِ عَلَى مَنَافِعِ الْحُرِّ دُونَ ذَاتِهِ، وَرَتَّبَ عَلَيْهِ صِحَّةَ إجَارَةِ الْمُسْتَأْجِرِ لِلْأَجِيرِ الْخَاصِّ، وَجَزَمَ الْأَزَجِيُّ فِي النِّهَايَةِ بِصِحَّتِهِ، وَبَنَى عَلَيْهِ جَوَازَ صِحَّةِ إجَارَةِ الْكَافِرِ لِلْمُسْلِمِ الْمُسْتَأْجِرِ مَعَهُ، وَذَكَرَ احْتِمَالَيْنِ، وَبَنَى صَاحِبُ التَّلْخِيصِ أَيْضًا عَلَى ذَلِكَ غَصْبَ الْحُرِّ وَحَبْسَهُ عَنِ الْعَمَلِ؛ فَإِنَّ فِي ضَمَانِ أُجْرَتِهِ وَجْهَيْنِ.

تَنْبِيهٌ: مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ: مَنْفَعَةُ الْبُضْعِ لَا تَدْخُلُ تَحْتَ الْيَدِ، وَبِهِ جَزَمَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي تَذْكِرَتِهِ، وَغَيْرُهُمَا، وَفَرَّعُوا عَلَيْهِ صِحَّةَ تَزْوِيجِ الْأَمَةِ الْمَغْصُوبَةِ، وَأَنَّ الْغَاصِبَ لَا يَضْمَنُ مَهْرَهَا، وَلَوْ حَبَسَهَا عَنِ النِّكَاحِ حَتَّى فَاتَ بِالْكِبَرِ.

وَخَالَفَ ابْنُ المني، وَجَزَمَ فِي تَعْلِيقِهِ بِضَمَانِ مَهْرِ الْأَمَةِ بِتَفْوِيتِ النِّكَاحِ، وَذَكَرَ فِي الْحُرَّةِ تَرَدُّدًا لِامْتِنَاعِ ثُبُوتِ الْيَدِ عَلَيْهَا، وَقَدْ يَتَفَرَّعُ عَلَى ذَلِكَ أَنَّ الْأَمَةَ الْمَوْطُوءَةَ بِغَيْرِ إذْنِ الْمَالِكِ لَوْ حَمَلَتْ ثُمَّ تَلِفَتْ بِالْوِلَادَةِ ضَمِنَهَا الْوَاطِئُ، بِخِلَافِ الْحُرَّةِ إذَا زَنَى بِهَا كُرْهًا فَحَمَلَتْ، ثُمَّ مَاتَتْ مِنَ الطَّلْقِ؛ قَالَ فِي التَّلْخِيصِ: لِأَنَّ الِاسْتِيلَاءَ كَأَنَّهُ إثْبَاتُ يَدٍ وَهَلَاك تَحْتَ الْيَدِ الْمُسْتَوْلِيَةِ عَلَى الرَّحِمِ، وَالْحُرَّةُ لَا تَدْخُلُ تَحْتَ الْيَدِ، وَمُجَرَّدُ السَّبَبِ ضَعِيفٌ، وَفِي الْمُغْنِي يَضْمَنُهَا مُطْلَقًا؛ لِحُصُولِ التَّسَبُّبِ فِي التَّلَفِ.



الْقَاعِدَةُ الثَّانِيَةُ وَالتِّسْعُونَ



هَلْ تَثْبُتُ يَدُ الضَّمَانِ مَعَ ثُبُوتِ يَدِ الْمَالِكِ أَمْ لَا؟

فِي الْمَسْأَلَةِ خِلَافٌ، وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْحَكَمِ فِيمَنْ أَسَرَهُ أَهْلُ الْحَرْبِ وَمَعَهُ جَارِيَةٌ: إِنَّهَا مِلْكُهُ، مَعَ أَنَّ مَذْهَبَهُ الْمَشْهُورَ عَنْهُ أَنَّ الْكُفَّارَ يَمْلِكُونَ أَمْوَالَ الْمُسْلِمِينَ بِالِاسْتِيلَاءِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ إِنْ زَالَ انْتِفَاعُ الْمَالِكِ وَسُلْطَانُهُ ثَبَتَ الضَّمَانُ وَإِلَّا فَلَا، وَيَتَفَرَّعُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: لَوْ غَصَبَ دَابَّةً عَلَيْهَا مَالِكُهَا وَمَتَاعُهُ، فَفِي الْخِلَافِ الْكَبِيرِ لَا يَضْمَنُ، وَكَذَلِكَ قَالَ الْأَصْحَابُ: لَوِ اسْتَوْلَى عَلَى حُرٍّ كَبِيرٍ لَمْ يَضْمَنْ ثِيَابَهُ؛ لِأَنَّهَا فِي يَدِ الْمَالِكِ، وَلَوْ كَانَ الْحُرُّ صَغِيرًا وَقُلْنَا: لَا تَثْبُتُ الْيَدُ عَلَيْهِ فَفِي ثِيَابِهِ وَجْهَانِ؛ نَظَرًا إِلَى أَنَّ يَدَهُ لَا قُوَّةَ لَـهَا عَلَى الْمَنْعِ، وَهَذَا يَشْهَدُ لِاعْتِبَارِ بَقَاءِ الِامْتِنَاعِ فِي انْتِفَاءِ الضَّمَانِ.

وَمِنْهَا: لَوِ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً إِلَى مَسَافَةٍ، فَزَادَ عَلَيْهَا، أَوْ لِحَمْلِ شَيْءٍ فَزَادَ عَلَيْهِ، وَهِيَ فِي يَدِ الْمُؤَجِّرِ، فَتَلِفَتْ، قَالَ فِي الْمُجَرَّدِ: يَضْمَنُ لِتَعَدِّيهِ بِالزِّيَادَةِ، وَسُكُوتُ الْمَالِكِ لَا يَمْنَعُ الضَّمَانَ، كَمَنْ خَرَقَ ثَوْبَهُ وَهُوَ لَا يَمْنَعُ.

وَفِي التَّلْخِيصِ: لَا يَضْمَنُ إِذَا تَلِفَتْ بِفِعْلِ اللهِ تَعَالَى، وَإِنْ تَلِفَتْ بِالْحَمْلِ فَفِي تَكْمِيلِ الضَّمَانِ عَلَيْهِ وَتَنْصِيفِهِ وَجْهَانِ، وَيَتَوَجَّهُ التَّفْرِيقُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ قَادِرًا

عَلَى الِامْتِنَاعِ أَوْ لَا يَكُونَ كَذَلِكَ، فَيَجِبُ الضَّمَانُ مَعَ عَدَمِ الْقُدْرَةِ، كَمَنْ غَصَبَ دَابَّةً وَأَكْرَهَ المَالِكَ عَلَى أَنْ يَحْمِلَ لَهُ عَلَيْهَا مَتَاعَهُ، فَإِنَّ هَذَا زِيَادَةُ عُدْوَانٍ، فَلَا يَسْقُطُ بِهِ الضَّمَانُ.

وَمِنْهَا: الْأَجِيرُ الْمُشْتَرَكُ إِذَا جَنَتْ يَدُهُ عَلَى الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ عَلَى الْعَمَلِ فِيهَا، وَيَدُ صَاحِبِهَا ثَابِتَةٌ عَلَيْهَا، فَلَا ضَمَانَ، قَالَهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ، قَالَ: لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَكْثَرَ مِنَ الْغَاصِبِ، وَالْغَاصِبُ لَا يَضْمَنُ مَا دَامَ يَدُ صَاحِبِهِ ثَابِتَةً عَلَيْهِ. انْتَهَى.

وَمُرَادُهُ بِثُبُوتِ يَدِ صَاحِبِهِ ثُبُوتُ سُلْطَتِهِ وَتَصَرُّفِهِ، وَلِهَذَا لَوْ أَعَادَ الْغَاصِبُ المَغْصُوبَ إِلَى يَدِ المَالِكِ عَلَى وَجْهٍ لَا يَعُودُ تَصَرُّفُهُ إِلَيْهِ، مِثْلُ إِنْ رَهَنَهُ عَبْدَهُ أَوِ اسْتَأْجَرَهُ لِلْعَمَلِ فِيهِ، لَمْ يَبْرَأْ بِذَلِكَ عَلَى الصَّحِيحِ، إِلَّا أَنْ لَا يَعْلَمَ أَنَّهُ مِلْكُهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ دَخَلَ دَارَ إِنْسَانٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، أَوْ جَلَسَ عَلَى بِسَاطِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَالمَالِكُ جَالِسٌ فِي الدَّارِ، أَوْ عَلَى الْبِسَاطِ، فَفِي الخِلَافِ الْكَبِيرِ: لَا ضَمَانَ، وَعَلَّلَ بِانْتِفَاءِ الحَيْلُولَةِ وَرَفْعِ الْيَدِ.

وَكَذَلِكَ قَالَ فِيمَنْ رَكِبَ دَابَّةَ غَيْرِهِ: إِنْ حَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا وَرَفَعَ يَدَهُ عَنْهَا ضَمِنَ، وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى اشْتِرَاطِ الحَيْلُولَةِ وَالْقَهْرِ لِلضَّمَانِ. وَفِي التَّلْخِيصِ: لَوْ دَخَلَ دَارَ المَالِكِ وَهُوَ فِيهَا قَاصِدٌ لِلْغَصْبِ فَهُوَ غَاصِبٌ لِلنِّصْفِ؛ لِاجْتِمَاعِ يَدِهِمَا وَاسْتِيلَائِهِمَا بِشَرْطِ قُوَّةِ الدَّاخِلِ وَتَمَكُّنِهِ مِنَ الْقَهْرِ، وَإِنْ كَانَ المَالِكُ غَائِبًا فَالدُّخُولُ غَصْبٌ بِكُلِّ حَالٍ؛ لِحُصُولِ الِاسْتِيلَاءِ بِهِ، وَذَكَرَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا فِي خِلَافِهِ أَنَّ الجَالِسَ عَلَى بِسَاطِ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ يَكُونُ ضَامِنًا لِمَا جَلَسَ عَلَيْهِ مِنْهُ وَالدَّاخِلُ إِنْ دَخَلَ بِنِيَّةِ الْغَصْبِ صَارَ غَاصِبًا.

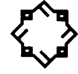
وَمِنْهَا: لَوْ أَرْدَفَ المَالِكُ خَلْفَهُ عَلَى الدَّابَّةِ فَتَلِفَتْ، فَهَلْ يَضْمَنُ الرَّدِيفُ نِصْفَ الْقِيمَةِ لِكَوْنِهِ مُسْتَعِيرًا أَمْ لَا لِثُبُوتِ يَدِ المَالِكِ عَلَيْهَا؟

ذَكَرَ فِي التَّلْخِيصِ احْتِمَالَيْنِ، وَصَحَّحَ لِلثَّانِي.

تَنْبِيهٌ: لَوْ كَانَتِ الْعَيْنُ مِلْكًا لِاثْنَيْنِ، فَرَفَعَ الْغَاصِبُ يَدَ أَحَدِهِمَا وَوَضَعَ يَدَهُ مَوْضِعَ يَدِهِ، وَأَقَرَّ الْآخَرَ عَلَى حَالِهِ، فَهَلْ يَكُونُ غَاصِبًا لِنَصِيبِ رَفْعِ يَدِهِ خَاصَّةً، أَمْ هُوَ غَاصِبٌ لِنِصْفِ الْعَيْنِ مِن الشَّرِيكَيْنِ مُشَاعًا؟

قَالَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ: هُوَ غَاصِبٌ لِنِصْفِ مَنْ رَفَعَ يَدَهُ فَقَطْ. وَرَجَّحَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ مُسْتَدِلًّا بِأَنَّ الْأَعْمَالَ بِالنِّيَّاتِ، فَعَلَى هَذَا لَوِ اسْتَغَلَّ الْغَاصِبُ وَالشَّرِيكُ المِلْكَ وَانْتَفَعَا بِهِ لَمْ يَلْزَمْ هَذَا الشَّرِيكَ لِشَرِيكِهِ المخرجِ شَيْءٌ، فَلَوْ بَاعَا الْعَيْنَ صَحَّ فِي نَصِيبِ الشَّرِيكِ الْبَائِعِ كُلِّهِ، وَبَطَلَ فِي النِّصْفِ الَّذِي بَاعَهُ الْغَاصِبُ، وَالمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ يَدُلُّ عَلَى خِلَافٍ؛ لِأَنَّهُ نَصَّ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ عَلَى أَنَّ مَنْ غَصَبَ مِنْ قَوْمٍ ضَيْعَةً، ثُمَّ رَدَّ إِلَى أَحَدِهِمْ نَصِيبَهُ مُشَاعًا؛ لَمْ يَطِبْ لِلْمَرْدُودِ عَلَيْهِ الِانْفِرَادُ بِمَا رُدَّ عَلَيْهِ، وَهُوَ يُشْبِهُ أَصْلَهُ المَنْصُوصَ عَنْهُ فِي مَنْعِ إِجَارَةِ المُشَاعِ مِنْ غَيْرِ الشَّرِيكِ؛ لِتَعَذُّرِ تَسْلِيمِهِ بِانْفِرَادِهِ، فَعَلَى هَذَا لَيْسَ لِلشَّرِيكِ الَّذِي لَمْ يَرْفَعْ يَدَهُ التَّصَرُّفُ إِلَّا فِي الرُّبُعِ خَاصَّةً، وَالرُّبُعُ الْآخَرُ حَقٌّ لِشَرِيكِهِ المَغْصُوبِ مِنْهُ، وَلَمْ يَجْتَمِعْ هَاهُنَا يَدُ الْغَاصِبِ مَعَ يَدِ المَالِكِ فِي شَيْءٍ.

⌘ ⌑ ⌘

الْقَاعِدَةُ الثَّالِثَةُ وَالتِّسْعُونَ



مَنْ قَبَضَ مَغْصُوبًا مِنْ غَاصِبِهِ وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ مَغْصُوبٌ، فَالْمَشْهُورُ بَيْنَ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْغَاصِبِ فِي جَوَازِ تَضْمِينِهِ مَا كَانَ الْغَاصِبُ يَضْمَنُهُ مِنْ عَيْنٍ وَمَنْفَعَةٍ، ثُمَّ إِنْ كَانَ الْقَابِضُ قَدْ دَخَلَ عَلَى ضَمَانِ عَيْنٍ أَوْ مَنْفَعَةٍ اسْتَقَرَّ ضَمَانُهَا عَلَيْهِ، وَلَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْغَاصِبِ، وَإِنْ ضَمِنَهُ الْمَالِكُ، مَا لَمْ يَدْخُلْ عَلَى ضَمَانِهِ وَلَمْ يَكُنْ؛ حَصَلَ لَهُ بِمَا ضَمِنَهُ نَفْعٌ رَجَعَ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ، وَإِنْ كَانَ حَصَلَ لَهُ بِهِ نَفْعٌ، فَهَلْ يَسْتَقِرُّ ضَمَانُهُ عَلَيْهِ أَمْ يَرْجِعُ عَلَى الْغَاصِبِ؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ، هَذَا مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ، وَفِي بَعْضِهِ خِلَافٌ نُشِيرُ إِلَيْهِ فِي مَوْضِعِهِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى. وَهَذِهِ الْأَيْدِي الْقَابِضَةُ مِنَ الْغَاصِبِ مَعَ عَدَمِ الْعِلْمِ بِالْحَالِ عَشَرَةٌ:

الْأُولَى: الْغَاصِبَةُ، ويَتَعَلَّقُ بِهَا الضَّمَانُ كَأَصْلِهَا، وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهَا مَعَ التَّلَفِ تَحْتَهَا، وَلَا يُطَالَبُ بِمَا زَادَ عَلَى مُدَّتِهَا.

وَالثَّانِيَةُ: الْآخِذَةُ لِمَصْلَحَةِ الدَّافِعِ؛ كَالِاسْتِيدَاعِ وَالْوَكَالَةِ بِغَيْرِ جُعْلٍ، فَالْمَشْهُورُ أَنَّ لِلْمَالِكِ تَضْمِينَهَا، ثُمَّ يَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَ عَلَى الْغَاصِبِ لِتَغْرِيرِهِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ بِاسْتِقْرَارِ الضَّمَانِ عَلَيْهَا لِتَلَفِ الْمَالِ تَحْتَهَا مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ، صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ فِي بَابِ الْمُضَارَبَةِ، وَسَيَأْتِي أَصْلُهُ.

وَيَتَخَرَّجُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ؛ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَضْمِينُهَا بِحَالٍ مِنَ الْوَجْهِ المَحْكِيِّ كَذَلِكَ فِي المُرْتَهِنِ وَنَحْوِهِ وَأَوْلَى، وَخَرَّجَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ مِنْ مُودَعِ المُودَعِ، حَيْثُ لَا يَجُوزُ لَهُ الْإِيدَاعُ، فَإِنَّ الضَّمَانَ عَلَى الْأَوَّلِ وَحْدَهُ، كَذَلِكَ قَالَ الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ، وَذَكَرَ أَنَّهُ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ، وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ مَنَعَ ظُهُورَهُ.

وَعَلَى تَقْدِيرِ أَنَّهُ كَذَلِكَ فَرَّقُوا بَيْنَ مُودَعِ المُودَعِ وَمُودَعِ الْغَاصِبِ؛ فَإِنَّ المُوجِبَ لِلضَّمَانِ فِي الْأَوَّلِ الْقَبْضُ، وَهُوَ سَبَبٌ وَاحِدٌ، فَلَا يَجِبُ بِهِ الضَّمَانُ مِنْ جِهَتَيْنِ، بِخِلَافِ مُودَعِ الْغَاصِبِ فَإِنَّ قَبْضَهُ صَالِحٌ لِتَضْمِينِهِ حَيْثُ كَانَ الضَّمَانُ مُسْتَقِرًّا عَلَى الْغَاصِبِ قَبْلَهُ، وَبِأَنَّ الضَّمَانَ يَتَرَتَّبُ عَلَى الْقَبْضِ، فَهُوَ مُتَأَخِّرٌ عَنْهُ، وَالْقَبْضُ مِنْ يَدِ أَمِينِهِ، وَلَا عُدْوَانَ فِيهِ لِعَدَمِ الْعِلْمِ، فَاخْتَصَّ الضَّمَانُ بِالمُتَعَدِّي، بِخِلَافِ مُودَعِ الْغَاصِبِ؛ لِقَبْضِهِ مِنْ يَدِ ضَامِنِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ.

وَاعْلَمْ أَنَّ مَا ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ فِي الْوَكَالَةِ وَالرَّهْنِ أَنَّ الْوَكِيلَ وَالْأَمِينَ فِي الرَّهْنِ إِذَا بَاعَا وَقَبَضَا الثَّمَنَ ثُمَّ بَانَ المَبِيعُ مُسْتَحِقًّا لَمْ يَلْزَمْهُمَا شَيْءٌ، لَا تُنَاقِضُ هَذِهِ المَسْأَلَةَ كَمَا يَتَوَهَّمُهُ مَنْ قَصُرَ فَهْمُهُ؛ لِأَنَّ مُرَادَ الْأَصْحَابِ بِقَوْلِهِمْ: «لَمْ يَلْزَمِ الْوَكِيلَ شَيْءٌ» أَنَّهُ لَا يُطَالِبُهُ المُشْتَرِي بِالثَّمَنِ الَّذِي أَقْبَضَهُ إِيَّاهُ؛ لِأَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِالمُوَكِّلِ دُونَ الْوَكِيلِ، أَمَّا أَنَّ الْوَكِيلَ لَا يُطَالِبُهُ المُسْتَحِقُّ لِلْعَيْنِ بِالضَّمَانِ فَهَذَا لَمْ يَتَعَرَّضُوا لَهُ هَاهُنَا أَلْبَتَّةَ. وَهُوَ بِمَعْزِلٍ مِنْ مَسْأَلَتِهِمْ بِالْكُلِّيَّةِ.

الثَّالِثَةُ: الْقَابِضَةُ لِمَصْلَحَتِهَا، وَمَصْلَحَةُ الدَّافِعِ كَالشَّرِيكِ وَالمُضَارِبِ وَالْوَكِيلِ بِجُعْلٍ وَالمُرْتَهِنِ، فَالمَشْهُورُ جَوَازُ تَضْمِينِهَا أَيْضًا، وَتَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَتْ لِدُخُولِهَا

عَلَى الْأَمَانَةِ، وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ، وَابْنُ عَقِيلٍ، وَصَاحِبُ الْمُغْنِي فِي الرَّهْنِ احْتِمَالَيْنِ آخَرَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْقَابِضِ لِتَلَفِ مَالِ الْغَيْرِ تَحْتَ يَدِهِ الَّتِي لَـمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي الْقَبْضِ، فَهِيَ كَالْعَالِمَةِ بِالحَالِ، وحَكَوْا إجَازَةَ هَذَا الْوَجْهِ فِي الْمُضَارِبِ أَيْضًا.

وَالثَّانِي: لَا يَجُوزُ تَضْمِينُهَا بِحَالٍ؛ لِدُخُولِـهَا عَلَى الْأَمَانَةِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ هُوَ الْمَذْهَبَ، وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَضْمِينُ الْقَابِضِ مَا لَمْ يدخلْ عَلَى ضَمَانِهِ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الْأَقْسَامِ، فَإِنَّ الْمَنْصُوصَ عَنْ أَحْمَدَ فِيمَنِ اشْتَرَى أَرْضًا فَغَرَسَ فِيهَا، ثُمَّ ظَهَرَتْ مُسْتَحَقَّةً، أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْمُسْتَحِقُّ قَلْعَهُ إلَّا مَعَ ضَمَانِ نَقْصِهِ؛ كَالْغِرَاسِ الْمُحْتَرَمِ الصَّادِرِ عَنْ إذْنِ الْمَالِكِ، فَجُعِلَ الْمَغْرُورُ كَالْمَأْذُونِ لَهُ، فَلَا يَضْمَنُ ابْتِدَاءً مَا لَمْ يَلْزَمْ ضَمَانُهُ.

وَكَذَلِكَ نَقَلَ حَرْبٌ وَغَيْرُهُ عَنْ أَحْمَدَ فِي الْمَغْرُورِ فِي النِّكَاحِ؛ أَنَّ فِدَاءَ وَلَدِهِ عَلَى مَنْ غَرَّرَهُ، وَلَمْ يَجْعَلْ عَلَى الزَّوْجِ مُطَالَبَةً.

وَقَرِيبٌ مِنْ ذَلِكَ مَا نَقَلَ عَنْهُ مُهَنَّا فِيمَنْ بَعَثَ رَجُلًا إلَى رَجُلٍ لَهُ عِنْدَهُ مَالٌ فَقَالَ لَهُ: خُذْ مِنْهُ دِينَارًا، فَأَخَذَ مِنْهُ أَكْثَرَ؛ أَنَّ الضَّمَانَ عَلَى الْمُرْسِلِ لِتَغْرِيرِهِ، وَيَرْجِعُ هُوَ عَلَى الرَّسُولِ.

وَحَكَى الْقَاضِي وَغَيْرُهُ فِي الْمُضَارَبَةِ وَجْهًا آخَرَ؛ أَنَّ الضَّمَانَ فِي هَذِهِ الْأَمَانَاتِ يَسْتَقِرُّ عَلَى مَنْ ضَمِنَ مِنْهُمَا، فَأَيُّهُمَا ضَمِنَ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْآخَرِ.

الرَّابِعَةُ: الْقَابِضَةُ لِمَصْلَحَتِهَا خَاصَّةً؛ إِمَّا بِاسْتِيفَاءِ الْعَيْنِ كَالْقَرْضِ، أَوْ بِاسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ كَالْعَارِيَّةِ، فَهِيَ دَاخِلَةٌ فِي الضَّمَانِ فِي الْعَيْنِ دُونَ الْمَنْفَعَةِ، فَإِذَا ضَمِنَتِ الْعَيْنَ وَالْمَنْفَعَةَ رَجَعَتْ عَلَى الْغَاصِبِ بِضَمَانِ الْمَنْفَعَةِ؛ لِأَنَّ ضَمَانَهَا كَانَ بِتَغْرِيرِهِ.

وَفِي الْمَذْهَبِ رِوَايَةٌ ثَانِيَةٌ: لَا يَرْجِعُ بِضَمَانِ الْمَنْفَعَةِ إِذَا تَلِفَتْ بِالِاسْتِيفَاءِ، وَيَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَيْهَا فِي مُقَابَلَةِ الِانْتِفَاعِ لِاسْتِيفَائِهَا بَدَلَهُ؛ كَيْ لَا يَجْتَمِعَ لَـهَا الْعِوَضُ وَالْمُعَوَّضُ، وَأَصْلُ الرِّوَايَتَيْنِ الرِّوَايَتَانِ فِي رُجُوعِ الْمَغْرُورِ بِالْمَهْرِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ، وَإِنْ ضَمِنَ الْغَاصِبُ الْمَنْفَعَةَ ابْتِدَاءً فَفِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْبِنَاءُ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَرْجِعُ الْقَابِضُ عَلَيْهِ إِذَا ضَمِنَ ابْتِدَاءً رَجَعَ الْغَاصِبُ هُنَا عَلَيْهِ وَإِلَّا فَلَا، وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي الْخَطَّابِ وَمَنِ اتَّبَعَهُ وَالْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي مَوْضِعٍ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ الْغَاصِبُ عَلَى الْقَابِضِ قَوْلًا وَاحِدًا، قَالَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ.

وَأَمَّا الْعَيْنُ فَلَا يَرْجِعُ بِضَمَانِهَا حَيْثُ دَخَلَتْ عَلَى ضَمَانِهَا، وَعَلَى الِاحْتِمَالِ الْأَوَّلِ فِي الْقِسْمِ الَّذِي قَبْلَهُ يَسْتَقِرُّ هَاهُنَا عَلَيْهَا ضَمَانُ الْعَيْنِ وَالْمَنْفَعَةِ، سَوَاءٌ تَلِفَتِ الْمَنْفَعَةُ بِاسْتِيفَاءٍ أَوْ بِتَفْوِيتٍ.

وَعَلَى الِاحْتِمَالِ الْآخَرِ، وَهُوَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَضْمِينُهَا بِالْكُلِّيَّةِ، فَلَا تُطَالَبُ هَذِهِ بِضَمَانِ مَا لَمْ يُلْتَزَمْ ضَمَانُهُ ابْتِدَاءً، وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهَا ضَمَانُ مَا دَخَلَتْ عَلَى ضَمَانِهِ.

وَيَتَخَرَّجُ لَنَا وَجْهٌ آخَرُ: أَنَّهُ لَا يَسْتَقِرُّ عَلَيْهَا ضَمَانُ شَيْءٍ، وَسَنَذْكُرُ أَصْلَهُ فِي الْقِسْمِ الَّذِي بَعْدَهُ.

الخَامِسَةُ: الْقَابِضَةُ تَمَلُّكًا بِعِوَضٍ مُسَمًّى عَنِ الْعَيْنِ بِالْبَيْعِ، فَهِيَ دَاخِلَةٌ عَلَى ضَمَانِ الْعَيْنِ دُونَ الْمَنْفَعَةِ، فَإِذَا ضَمِنَتْ قِيمَةَ الْعَيْنِ وَالْمَنْفَعَةِ لَمْ يَرْجِعْ بِمَا ضَمِنَتْ مِنْ قِيمَةِ الْعَيْنِ كَدُخُولِهَا عَلَى ضَمَانِهَا، وَلَكِنْ يُسْتَرَدُّ الثَّمَنُ مِنَ الْغَاصِبِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ لِانْتِفَاءِ صِحَّةِ الْعَقْدِ، وَسَوَاءٌ كَانَتِ الْقِيمَةُ الَّتِي ضَمِنَتْ لِلْمَالِكِ وَفْقَ الثَّمَنِ أَوْ دُونَهُ أَوْ فَوْقَهُ عَلَى مَا اقْتَضَاهُ كَلَامُ الْأَصْحَابِ هَاهُنَا، وَفِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَفِي ضَمَانِ الْمَغْرُورِ الْمَهْر.

وَفِي التَّلْخِيصِ احْتِمَالٌ إنْ كَانَتِ الْقِيمَةُ أَزْيَدَ رَجَعَتْ بِالزِّيَادَةِ عَلَى الْغَاصِبِ، حَيْثُ لَمْ يَدْخُلْ عَلَى الضَّمَانِ بِأَكْثَرَ مِنَ الثَّمَنِ الْمُسَمَّى، وَبِهِ جَزَمَ ابْنُ المني فِي خِلَافِهِ، وَقَدْ سَبَقَ فِي قَاعِدَةِ ضَمَانِ الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ بِالْمُسَمَّى أَوْ بِعِوَضِ الْمِثْلِ مَا يُشْبِهُ هَذَا، وَلَوْ طَالَبَ الْمَالِكُ الْغَاصِبَ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ إذَا كَانَ أَزْيَدَ مِنَ الْقِيمَةِ، فَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّ لَهُ ذَلِكَ؛ كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الْمُتَّجِرِ الْوَدِيعَةَ بِغَيْرِ إذْنٍ؛ أَنَّ الرِّبْحَ لِلْمَالِكِ، ثُمَّ مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ بَيَّنَهُ عَلَى الْقَوْلِ بِوَقْفِ الْعُقُودِ عَلَى الْإِجَازَةِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَابْنِ عَقِيلٍ، وَمِنْهُمْ مَنْ يُطْلِقُ ذَلِكَ، وَكَذَا فِي الْمُضَارِبِ إذَا خَالَفَ.

وَعَنْهُ رِوَايَةٌ أُخْرَى يَتَصَدَّقُ بِالرِّبْحِ؛ لِأَنَّهُ رِبْحُ مَا لَمْ يَضْمَنْ، وَهَلْ لِلْمُضَارِبِ أُجْرَةُ الْمِثْلِ؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَطَرَدَهُمَا أَبُو الْفَتْحِ الْحُلْوَانِيُّ فِي الْكِفَايَةِ فِي الْغَاصِبِ، وَحَكَى صَاحِبُ الْمُغْنِي فِي بَابِ الرَّهْنِ رِوَايَةً أُخْرَى بِاسْتِقْرَارِ الضَّمَانِ عَلَى الْغَاصِبِ فِي الْبَيْعِ، فَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِشَيْءٍ مِمَّا صَنَعَهُ، وَحَكَاهُ فِي الْكَافِي فِي بَابِ الْمُضَارَبَةِ وَجْهًا، وَصَرَّحَ الْقَاضِي بِمِثْلِ ذَلِكَ فِي خِلَافِهِ فِي مَسْأَلَةِ رُجُوعِ الْمَغْرُورِ بِالْمَهْرِ.

وَهُوَ عِنْدِي قِيَاسُ الْمَذْهَبِ، حَيْثُ قُلْنَا فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ بِرُجُوعِ الْمَغْرُورِ بِنِكَاحِ الْأَمَةِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ، مَعَ اسْتِيفَائِهِ مَنْفَعَةَ الْبُضْعِ وَاسْتِهْلَاكِهَا وَدُخُولِهِ عَلَى ضَمَانِهَا، وَلِهَذَا طَرَدَ مُحَقِّقُو الْأَصْحَابِ هَذَا الْخِلَافَ فِيمَا إِذَا زَوَّجَهَا الْغَاصِبُ وَوَطِئَهَا الزَّوْجُ، هَلْ يَرْجِعُ بِالْمَهْرِ عَلَى الْغَاصِبِ سَوَاءٌ ضَمَّنَهُ الْمَالِكُ الْمَهْرَ أَوْ لَمْ يُضَمِّنْهُ؟

وَأَيْضًا فَإِنَّ الْمَنْصُوصَ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّ الْبَائِعَ إِذَا دَلَّسَ الْعَيْبَ، ثُمَّ تَلِفَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي، فَلَهُ الرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ، وَكَذَلِكَ لَوْ نَقَصَ أَوْ تَعَيَّبَ وَهُوَ مَوْجُودٌ فَإِنَّهُ يَرُدُّهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَيَأْخُذُ الثَّمَنَ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ حَصَلَ لَهُ انْتِفَاعٌ بِمَا نَقَصَهُ، فَإِنَّهُ يَرُدُّ عِوَضَهُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ إِلْحَاقًا لَهُ بِلَبَنِ الْمُصَرَّاةِ، مَعَ أَنَّهُ قَدْ دَخَلَ عَلَى ضَمَانِ الْعَيْنِ بِالْمُسَمَّى، وَلَكِنْ سَقَطَ عَنْهُ كَتَدْلِيسِ الْبَائِعِ الْعَيْبَ، وَهُوَ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْعَقْدِ عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ، فَلِأَنَّهُ لَا يَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ مَعَ تَدْلِيسِ الْغَاصِبِ عَلَيْهِ وَعَدَم صِحَّةِ الْعَقْدِ أَوْلَى.

وَأَمَّا الْمَنَافِعُ إِذَا ضَمِنَهَا الْمَالِكُ لِلْمُشْتَرِي بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمَنَافِعَ الْمَغْصُوبَةَ مَضْمُونَةٌ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ، فَيَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى الْغَاصِبِ؛ لِدُخُولِهِ عَلَى اسْتِيفَائِهَا فِي مِلْكِهِ بِغَيْرِ عِوَضٍ، وَسَوَاءٌ انْتَفَعَ بِهَا أَوْ تَلِفَتْ تَحْتَ يَدِهِ.

وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةٌ أُخْرَى: لَا يَرْجِعُ بِمَا انْتَفَعَ بِهِ لِاسْتِيفَائِهِ عِوَضَهُ كَمَا تَقَدَّمَ، وَهِيَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ أَبِي مُوسَى، وَحُكْمُ الثَّمَرَةِ وَالْوَلَدِ الْحَادِثِ مِنَ الْمَبِيعِ حُكْمُ الْمَنَافِعِ إِذَا ضَمِنَهَا رَجَعَ بِبَدَلِهَا عَلَى الْغَاصِبِ، وَكَذَلِكَ الْكَسْبُ صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ انْتَفَعَ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ فَيُخَرَّجَ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ.

وَقَدْ أَشَارَ أَحْمَدُ إِلَى هَذَا فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِيمَنْ بَاعَ مَاشِيَةً أَوْ شَاةً فَوَلَدَتْ، أَوْ نَخْلًا لَـهَا ثَمَرَةٌ فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا أَوِ اسْتَحَقَّ؛ أَخَذَ مِنْهُ قِيمَةَ الثَّمَرَةِ وَقِيمَةَ الْوَلَدِ إِنْ كَانَ أَحْدَثَ فِيهِمْ شَيْئًا، أَوْ بِأَنْ بَاعَ، أَوِ اسْتَهْلَكَ، فَإِنْ كَانَ مَاتَ أَوْ ذَهَبَ بِهِ الرِّيحُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ، فَأَوْجَبَ عَلَيْهِ ضَمَانَ مَا انْتَفَعَ بِهِ مِنَ الثَّمَرَةِ وَالنِّتَاجِ دُونَ مَا أُتْلِفَ فِي يَدِهِ بِغَيْرِ فِعْلِهِ، وَلَمْ يَذْكُرْ رُجُوعًا عَلَى الْغَاصِبِ.

وَظَاهِرُ كَلَامِهِ مَا تَلِفَ فِي يَدِهِ مِنَ النَّمَاءِ فَلَيْسَ لِلْمَالِكِ تَضْمِينُهُ ابْتِدَاءً؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ عَلَى ضَمَانِهِ وَلَمْ يَنْتَفِعْ بِهِ، وَهَذَا يُقَوِّي التَّخْرِيجَ الْمَذْكُورَ فِي الْقِسْمِ الَّذِي قَبْلَهُ، وَكَذَلِكَ ظَاهِرُ كَلَامِ ابْنِ أَبِي مُوسَى لَا يَضْمَنُ الْمُشْتَرِي إِلَّا مَا يَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ، سَوَاءٌ دَخَلَ عَلَى ضَمَانِهِ أَوْ لَمْ يَدْخُلْ عَلَيْهِ، لَكِن انْتَفَعَ بِهِ كَالْخِدْمَةِ وَمَهْرِ الْمُشْتَرَاةِ، وَأَمَّا قِيمَةُ الْأَوْلَادِ فَلَا يَرْجِعُ بِهَا عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ نَفْعَهَا لِغَيْرِهِ، لَا لَهُ، وَأَوْجَبَ عَلَى الْغَاصِبِ قِيمَةَ غَرْسِ الْمُشْتَرِي غَيْرَ مَقْلُوعٍ إِذَا قَلَعَهُ الْمَالِكُ، وَمُرَادُهُ مَا نَقَصَ بِقَلْعِهِ، وَإِنَّمَا أَجَازَ لِلْمَالِكِ قَلْعَ الْغِرَاسِ مِنْ غَيْرِ ضَمَانِ نَقْصِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مِنْ بَابِ تَضْمِينِ الْغَاصِبِ، بَلْ هُوَ مِنْ بَابِ امْتِنَاعِ الْمَالِكِ مِنَ الضَّمَانِ لَهُ، فَإِنَّ تَفْرِيغَ الْأَرْضِ مِنَ الْغِرَاسِ الَّذِي لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ لَا بُدَّ مِنْ تَمْكِينِهِ مِنْهُ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيهِ، حَيْثُ لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ، وَإِنَّمَا لِلضَّمَانِ عَلَى الْغَارِّ لِتَعَدِّيهِ، كَمَا أَنَّ تَضْمِينَ الْقَابِضِ مَا لَمْ يَلْتَزِمْ ضَمَانَهُ مُمْتَنِعٌ، حَيْثُ أَمْكَنَ تَضْمِينُ الْغَاصِبِ لِالْتِزَامِهِ لِلضَّمَانِ وَتَعَدِّيهِ، فَظَهَرَ بِهَذَا أَنَّ الَّذِي يَدُلُّ عَلَيْهِ كَلَامُ أَحْمَدَ أَنَّ الْقَابِضَ لَا يَضْمَنُ إِلَّا مَا حَصَلَ لَهُ بِهِ نَفْعٌ فَيَضْمَنُهُ، وَهَلْ يَرْجِعُ بِهِ؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ؛ كَرُجُوعِ الْمَغْرُورِ فِي بَابِ النِّكَاحِ بِالْمَهْرِ.

تَنْبِيهٌ: لَوْ أَقَرَّ الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ بِالْمِلْكِ فَلا رُجُوعَ لَهُ عَلَيْهِ، وَلَوْ أَقَرَّ بِصِحَّةِ الْبَيْعِ فَفِي الرُّجُوعِ احْتِمَالَانِ، ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي، وَقَدْ يُخَرَّجُ كَذَلِكَ فِي الْإِقْرَارِ بِالْمِلْكِ حَيْثُ عَلِمَ أَنَّ مُسْتَنَدَهُ الْيَدُ، وَقَدْ بَانَ عُدْوَانُهَا.

الْيَدُ السَّادِسَةُ: الْقَابِضَةُ عِوَضًا مُسْتَحَقًّا بِغَيْرِ عَقْدِ الْبَيْعِ؛ كَالصَّدَاقِ وَعِوَضِ الْخُلْعِ وَالْعِتْقِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ عَمْدٍ إِذَا كَانَ مُعَيَّنًا مِنْهُ، أَوْ كَانَ الْقَبْضُ وَفَاءً؛ كَدَيْنٍ مُسْتَقِرٍّ فِي الذِّمَّةِ مِنْ ثَمَنِ مَبِيعٍ أَوْ غَيْرِهِ وَصَدَاقٍ أَوْ قِيمَةِ مُتْلَفٍ وَنَحْوِهِ، فَإِذَا تَلِفَتْ هَذِهِ الْأَعْيَانُ فِي يَدِ مَنْ قَبَضَهَا، ثُمَّ اسْتُحِقَّتْ؛ فَلِلْمُسْتَحِقِّ الرُّجُوعُ عَلَى الْقَابِضِ بِبَدَلِ الْعَيْنِ وَالْمَنْفَعَةِ؛ عَلَى مَا تَقَرَّرَ.

وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ: أَنْ لا مُطَالَبَةَ لَهُ عَلَيْهِ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ ابْنِ أَبِي مُوسَى فِي الصَّدَاقِ، وَالْبَاقِي مِثْلُهُ عَلَى الْقَوْلِ بِالتَّضْمِينِ، فَيَرْجِعُ عَلَى الْغَاصِبِ بِمَا غَرِمَ مِنْ قِيمَةِ الْمَنَافِعِ لِتَغْرِيرِهِ، إِلَّا بِمَا انْتَفَعَ بِهِ، فَإِنَّهُ مُخَرَّجٌ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ.

وَأَمَّا قِيَمُ الْأَعْيَانِ فَمُقْتَضَى مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَمَنِ اتَّبَعَهُ أَنَّهُ لا يَرْجِعُ بِهَا؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى أَنَّهَا مَضْمُونَةٌ عَلَيْهِ بِحَقِّهِ، وَسَوَاءٌ كَانَتِ الْقِيمَةُ الْمَضْمُونَةُ وَفْقَ حَقِّهِ، أَوْ دُونَهُ، أَوْ أَزْيَدَ مِنْهُ، إِلَّا عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ فِي الْبَيْعِ بِالرُّجُوعِ بِفَضْلِ الْقِيمَةِ.

ثُمَّ إِنْ كَانَ الْقَبْضُ وَفَاءً عَنْ دَيْنٍ ثَابِتٍ فِي الذِّمَّةِ، فَهُوَ بَاقٍ بِحَالِهِ، وَإِنْ كَانَ عِوَضًا مُتَعَيِّنًا فِي الْعَقْدِ؛ لَمْ يَنْفَسِخِ الْعَقْدُ هَاهُنَا بِاسْتِحْقَاقِهِ فِيهِ.

وَلَوْ قُلْنَا: إِنَّ النِّكَاحَ عَلَى الْمَغْصُوبِ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ بِانْتِفَاءِ الصِّحَّةِ مُخْتَصٌّ بِحَالَةِ الْعِلْمِ كَذَلِكَ ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى، وَيَرْجِعُ عَلَى الزَّوْجِ بِقِيمَةِ

الْمُسْتَحَقِّ فِي الْمَنْصُوصِ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَقَالَ فِي الْمُجَرَّدِ: وَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ، وَأَمَّا عِوَضُ الْخُلْعِ وَالْعِتْقِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ فَفِيهَا وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَجِبُ الرُّجُوعُ فِيهَا بِقِيمَةِ الْعِوَضِ الْمُسْتَحَقِّ، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْعُقُودَ لَا تَنْفَسِخُ بِاسْتِحْقَاقِ أَعْوَاضِهَا، فَيَجِبُ قِيمَةُ الْعِوَضِ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي أَكْثَرِ كُتُبِهِ، وَجَزَمَ بِهِ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ.

وَالثَّانِي: يَجِبُ قِيمَةُ الْمُسْتَحَقِّ فِي الْخُلْعِ وَالصُّلْحِ عَنِ الدَّمِ، بِخِلَافِ الْعِتْقِ، فَإِنَّ الْوَاجِبَ فِيهِ قِيمَةُ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَهُ قِيمَةٌ فِي نَفْسِهِ، فَيَرْجِعُ بِقِيمَتِهِ، بِخِلَافِ الْبُضْعِ وَالدَّمِ؛ فَإِنَّ الْقِيمَةَ لِعِوَضِهِمَا، لَا لَهُمَا، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي الْبُيُوعِ مِنْ خِلَافِهِ، وَيُشْبِهُ قَوْلَ أَصْحَابِنَا فِيمَا إِذَا جَعَلَ عِتْقَ أَمَتِهِ صَدَاقَهَا، وَقُلْنَا: لَا يَنْعَقِدُ بِهِ النِّكَاحُ، فَأَبَتْ أَنْ تَتَزَوَّجَهُ عَلَى ذَلِكَ، فَإِنَّ عَلَيْهَا قِيمَةَ نَفْسِهَا، لَا قِيمَةَ مَهْرِ مِثْلِهَا، وَعَلَى الْوَجْهِ الْمُخَرَّجِ فِي الْبَيْعِ أَنَّ الْمَغْرُورَ يَرْجِعُ بِقِيمَةِ الْعَيْنِ عَلَى الْغَاصِبِ، فَهَهُنَا كَذَلِكَ.

الْيَدُ السَّابِعَةُ: الْقَابِضَةُ بِمُعَاوَضَةٍ عَنِ الْمَنْفَعَةِ، وَهِيَ يَدُ الْمُسْتَأْجِرِ، فَقَالَ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ: إِذَا ضَمِنَتِ الْمَنْفَعَةَ لَمْ يَرْجِعْ بِهَا، وَلَوْ زَادَتْ أُجْرَةُ الْمِثْلِ عَلَى الْأُجْرَةِ الْمُسَمَّاةِ فَفِيهِ مَا مَرَّ مِنْ زِيَادَةِ قِيمَةِ الْعَيْنِ عَلَى الثَّمَنِ، وَإِذَا ضُمِنَتْ قِيمَةُ الْعَيْنِ رَجَعَتْ بِهَا عَلَى الْغَاصِبِ لِتَغْرِيرِهِ.

وَفِي تَعْلِيقَةِ أَبِي الْبَرَكَاتِ عَلَى الْهِدَايَةِ: يَتَخَرَّجُ لِأَصْحَابِنَا وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ بِحَالٍ؛ كَقَوْلِ الْجُمْهُورِ.

وَالثَّانِي: تَضْمِينُ العَيْنِ، وَهَلِ القَرَارُ عَلَيْهِ؟ لَنَا وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: عَلَيْهِ.

وَالآخَرُ: عَلَى الْغَاصِبِ، وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ. انْتَهَى.

وَالْوَجْهُ الْأَوَّلُ مُنَزَّلٌ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ المَغْرُورَ لَا يَضْمَنُ شَيْئًا ابْتِدَاءً وَلَا اسْتِقْرَارًا، وَالْوَجْهُ الْآخَرُ فِي قَرَارِ ضَمَانِ الْعَيْنِ عَلَيْهِ يَتَنَزَّلُ عَلَى الْوَجْهِ المَذْكُورِ فِي اسْتِقْرَارِ الضَّمَانِ عَلَى المُرْتَهِنِ وَنَحْوِهِ بِتَلَفِ الْعَيْنِ تَحْتَ يَدِهِ.

الْيَدُ الثَّامِنَةُ: الْقَابِضَةُ لِلشَّرِكَةِ، وَهِيَ المُتَصَرِّفَةُ فِي المَالِ بِمَا يُنَمِّيهِ بِجُزْءٍ مِنَ النَّمَاءِ؛ كَالشَّرِيكِ وَالمُضَارِبِ وَالمُزَارِعِ وَالمُسَاقِي، وَلَهُمُ الْأُجْرَةُ عَلَى الْغَاصِبِ لِعَمَلِهِمْ لَهُ بِعِوَضٍ لَمْ يسلمْ.

فَأَمَّا المُضَارِبُ وَالمُزَارِعُ بِالْعَيْنِ المَغْصُوبَةِ وَشَرِيكُ الْعِنَانِ فَقَدْ دَخَلُوا عَلَى أَنْ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ بِحَالٍ، فَإِذَا ضَمِنُوا عَلَى المَشْهُورِ رَجَعُوا بِمَا ضَمِنُوا إِلَّا حِصَّتَهُمْ مِنَ الرِّبْحِ، فَلَا يَرْجِعُونَ بِضَمَانِهَا؛ لِدُخُولِهِمْ عَلَى ضَمَانِهَا عَلَيْهِمْ بِالْعَمَلِ، لِذَلِكَ ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي المُسَاقِي، وَالمُزَارِعُ نَظِيرُهُ.

وَأَمَّا المُضَارِبُ وَالشَّرِيكُ فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَسْتَقِرَّ عَلَيْهِمْ ضَمَانُ شَيْءٍ بِدُونِ الْقِسْمَةِ، سَوَاءٌ قُلْنَا: مَلَكُوا الرِّبْحَ بِالظُّهُورِ أَوْ لَا؛ لِأَنَّ حِصَّتَهُمْ وِقَايَةٌ لِرَأْسِ المَالِ، وَلَيْسَ لَهُم الِانْفِرَادُ بِالْقِسْمَةِ، فَلَمْ يَتَعَيَّنْ لَهُمْ شَيْءٌ مَضْمُونٌ.

وَحَكَى الْأَصْحَابُ فِي المُضَارِبِ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَجْهًا آخَرَ أَنْ لَا يَرْجِعَ بِمَا ضَمِنَهُ، بِنَاءً عَلَى الْوَجْهِ المَذْكُورِ بِاسْتِقْرَارِ الضَّمَانِ عَلَى مَنْ تَلِفَ المَالُ بِيَدِهِ.

وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ أَنْ لَا يَمْلِكَ الْمَالِكُ تَضْمِينَهُمْ بِحَالٍ؛ لِدُخُولِهِمْ عَلَى الْأَمَانَةِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ حُكْمَ ضَمَانِ الشَّرِيكِ وَالْمُضَارِبِ لِلْمَالِ، وَإِنَّمَا أَعَدْنَاهُ هَاهُنَا لِذِكْرِ النَّمَاءِ.

وَأَمَّا الْمُسَاقِي إِذَا ظَهَرَ الشَّجَرُ مُسْتَحقًّا بَعْدَ تَكْمِلَةِ الْعَمَلِ، فَلِلْعَامِلِ أُجْرَةُ الْمِثْلِ؛ لِعَمَلِهِ عَلَى الْغَاصِبِ.

وَأَمَّا الثَّمَرُ إِذَا تَلِفَ فَلَهُ حَالَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنْ يَتْلَفَ بَعْدَ الْقِسْمَةِ، فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ كُلٍّ مِنَ الْغَاصِبِ وَالْعَامِلِ مَا قَبَضَهُ، وَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَ الْكُلَّ لِلْغَاصِبِ، فَإِذَا ضَمَّنَهُ الْكُلَّ رَجَعَ عَلَى الْعَامِلِ بِمَا قَبَضَهُ لِنَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ الْعِوَضَ، فَهُوَ كَالْمُشْتَرِي مِنَ الْغَاصِبِ.

وَفِي الْمُغْنِي احْتِمَالٌ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ لِتَغْرِيرِهِ، فَأَشْبَهَ مَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ: كُلْ هَذَا فَإِنَّهُ طَعَامِي، ثُمَّ بَانَ مُسْتَحِقًّا، وَهُوَ قَرِيبٌ مِنَ الْوَجْهِ السَّابِقِ بِاسْتِقْرَارِ ضَمَانِ الْمَبِيعِ عَلَى الْغَاصِبِ بِكُلِّ حَالٍ. وَهَلْ لِلْمَالِكِ أَنْ يُضَمِّنَ الْعَامِلَ جَمِيعَ الثَّمَرَةِ، ذَكَرَ الْقَاضِي فِيهِ احْتِمَالَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ؛ لِأَنَّ يَدَهُ تَثْبُتُ عَلَى الْكُلِّ مُشَاهَدَةً بِغَيْرِ حَقٍّ، ثُمَّ يَرْجِعُ الْعَامِلُ عَلَى الْغَاصِبِ بِمَا قَبَضَهُ مِنَ الثَّمَرِ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَبِالْكُلِّ عَلَى الِاحْتِمَالِ الْمَذْكُورِ.

وَالثَّانِي: لَا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ قَابِضًا عَلَى الْحَقِيقَةِ، وَإِنَّمَا كَانَ مُرَاعِيًا حَافِظًا، وَيَشْهَدُ لِهَذَا مَا قَالَهُ ابْنُ حَامِدٍ فِيمَا إِذَا اخْتَلَفَ الْمُسَاقِي وَالْمَالِكُ فِي قَدْرِ الْمَشْرُوطِ لِلْعَامِلِ مِنَ الثَّمَرِ، وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ أَنَّهُ تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْعَامِلِ؛ لِأَنَّهُ خَارِجٌ، وَالْمَالِكُ هُوَ الدَّاخِلُ؛ لِاتِّصَالِ الثَّمَرِ بِمِلْكِهِ، وَلَوِ اشْتَرَى ثَمَرَةَ شَجَرٍ شِرَاءً فَاسِدًا وَخَلَّى الْبَائِعُ

بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ عَلَى شَجَرِهِ لَمْ يَضْمَنْهُ بِذَلِكَ؛ لِعَدَمِ ثُبُوتِ يَدِهِ عَلَيْهِ، وَذَكَرَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ مَحَلُّ وِفَاقٍ.

الحَالَةُ الثَّانِيَةُ: أَنْ يَتْلَفَ الثَّمَرُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ؛ إِمَّا عَلَى الشَّجَرِ أَوْ بَعْدَ جَدِّهِ، فَفِي التَّلْخِيصِ: فِي مُطَالَبَةِ الْعَامِلِ بِالجَمِيعِ احْتِمَالَانِ، وَكَذَا لَوْ تَلِفَ بَعْضُ الشَّجَرِ وَهُوَ مُلْتَفِتٌ إِلَى أَنَّ يَدَ الْعَامِلِ هَلْ تَثْبُتُ عَلَى الشَّجَرِ وَالثَّمَرِ الَّذِي عَلَيْهِ أَمْ لَا؟

وَالْأَظْهَرُ أَنْ لَا؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ عِنْدَنَا لَا يَنْتَقِلُ فِي الثَّمَرِ الْمُعَلَّقِ عَلَى شَجَرَةٍ بِالتَّخْلِيَةِ إِلَّا أَنْ يُقَالَ: يَدُهُ هَاهُنَا عَلَى الثَّمَرِ حَصَلَتْ تَبَعًا لِثُبُوتِ يَدِهِ عَلَى الشَّجَرِ، فَيُقَالُ فِي ثُبُوتِ يَدِهِ عَلَى الشَّجَرِ هَاهُنَا تَرَدُّدٌ ذَكَرْنَاهُ آنِفًا، حَتَّى لَوْ تَلِفَ بَعْضُ الشَّجَرِ فَفِي تَضْمِينِهِ لِلْعَامِلِ الِاحْتِمَالَانِ، صَرَّحَ بِهِ فِي التَّلْخِيصِ أَيْضًا، وَلَوِ اشْتَرَى شَجَرَةً بِثَمَرِهَا فَهَلْ يَدْخُلُ الثَّمَرُ فِي ضَمَانِهَا تَبَعًا لِشَجَرِهِ؟

قَالَ ابْن عَقِيلٍ فِي فُنُونِهِ: لَا يَدْخُلُ.

وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ بِدُخُولِهِ تَبَعًا لِانْقِطَاعِ عَلَقَ الْبَائِعُ عَنْهُ مِنَ السَّقْيِ وَغَيْرِهِ.

وَبِكُلِّ حَالٍ فَيَتَوَجَّهُ أَنْ يَضْمَنَ الْعَامِلُ الثَّمَرَ التَّالِفَ بَعْدَ جِذَاذِهِ وَاسْتِحْفَاظِهِ، بِخِلَافِ مَا عَلَى الشَّجَرِ.

الْيَدُ التَّاسِعَةُ: الْقَابِضَةُ تَمَلُّكًا، لَا بِعِوَضٍ، إِمَّا لِلْعَيْنِ بِمَنَافِعِهَا بِالْهِبَةِ وَالْوَقْفِ وَالصَّدَقَةِ وَالْوَصِيَّةِ، أَوْ لِلْمَنْفَعَةِ، كَالْمُوصَى لَهُ بِالْمَنَافِعِ، فَالْمَشْهُورُ أَنَّهَا تَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَتْهُ بِكُلِّ حَالٍ؛ لِأَنَّهَا دَخَلَتْ عَلَى أَنَّهَا غَيْرُ ضَامِنَةٍ لِشَيْءٍ، فَهِيَ مَغْرُورَةٌ، إِلَّا مَا حَصَلَ لَهَا بِهِ نَفْعٌ، فَفِي رُجُوعِهَا بِضَمَانِهِ الرِّوَايَتَانِ.

وَيَتخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهَا لَا تَضْمَنُ ابْتِدَاءً مَا لَمْ يَسْتَقِرَّ ضَمَانُهَا عَلَيْهِ.

وَذَكَرَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ رِوَايَةً أَنَّهُ لَا تَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَتْهُ بِحَالٍ، وَهُوَ مُنَزَّلٌ عَلَى الْقَوْلِ بِاسْتِقْرَارِ الضَّمَانِ عَلَى مَنْ تَلِفَ تَحْتَ يَدِهِ، وَإِنْ كَانَ أَمِينًا كَمَا سَبَقَ.

ثُمَّ اخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ فِي مَحَلِّ الرِّوَايَتَيْنِ فِي الرُّجُوعِ بِمَا انْتَفَعَتْ بِهِ عَلَى طُرُقٍ ثَلَاثٍ:

إِحْدَاهُنَّ: أَنَّ مَحَلَّهُمَا إِذَا لَمْ يَقُلِ الْغَاصِبُ: هَذَا مِلْكِي، أَوْ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ، فَإِنْ قَالَ ذَلِكَ فَالْمَدَارُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ خِلَافٍ؛ لِاعْتِرَافِهِ بِاسْتِقْرَارِ الضَّمَانِ عَلَيْهِ وَنَفْيِهِ عَنِ الْقَابِضِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْمُغْنِي.

وَالثَّانِيَةُ: إِنْ ضَمِنَ الْمَالِكُ الْقَابِضَ ابْتِدَاءً، فَفِي رُجُوعِهِ عَلَى الْغَاصِبِ الرِّوَايَتَانِ مُطْلَقًا، وَإِنْ ضَمِنَ الْغَاصِبُ ابْتِدَاءً فَإِنْ كَانَ الْقَابِضُ قَدْ أَقَرَّ لَهُ بِالْمِلْكِيَّةِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْقَابِضِ رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَلَوْ قُلْنَا: إِنَّ مَا يَنْتَفِعُ بِهِ يَسْتَقِرُّ ضَمَانُهُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ بِإِقْرَارِهِ بِالْمِلْكِ مُعْتَرِفٌ بِأَنَّ الْمُسْتَحِقَّ ظَالِمٌ لَهُ بِالتَّغْرِيمِ، فَلَا يَرْجِعُ بِظُلْمِهِ عَلَى غَيْرِ ظَالِمِهِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي.

وَالثَّالِثُ: فِي الْخِلَافِ مِنَ الْكُلِّ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ، وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي الْخَطَّابِ وَغَيْرِهِ.

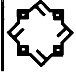
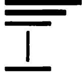
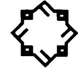
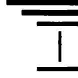
الْيَدُ الْعَاشِرَةُ: الْمُتْلِفَةُ لِلْمَالِ نِيَابَةً عَنِ الْغَاصِبِ؛ كَالذَّبْحِ لِلْحَيَوَانِ وَالطَّابِخِ لَهُ، فَلَا قَرَارَ عَلَيْهَا بِحَالٍ، وَإِنَّمَا الْقَرَارُ عَلَى الْغَاصِبِ؛ لِوُقُوعِ الْفِعْلِ لَهُ، فَهُوَ كَالْمُبَاشِرِ، كَذَا قَالَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَالْأَصْحَابُ.

وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ بِالْقَرَارِ عَلَيْهَا فِيمَا تَلِفَتْهُ، كَالْمُودِعِ إِذَا تَلِفَتْ تَحْتَ يَدِهِ وَأَوْلَى؛ لِمُبَاشَرَتِهَا لِلْإِتْلَافِ.

وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهَا بِحَالٍ مِنْ نَصِّ أَحْمَدَ فِيمَنْ حَفَرَ لِرَجُلٍ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ بِئْرًا، فَوَقَعَ فِيهَا إِنْسَانٌ، فَقَالَ الْحَافِرُ: ظَنَنْتُ أَنَّهَا فِي مِلْكِهِ. فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

وَبِذَلِكَ جَزَمَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي كِتَابِ الْجِنَايَاتِ، مَعَ اشْتِرَاكِ الْحَافِرِ وَالْآمِرِ فِي التَّسَبُّبِ، وَانْفِرَادِ الْحَافِرِ بِمُبَاشَرَةِ السَّبَبِ، وَإِنَّمَا سَقَطَ عَنْهُ الضَّمَانُ لِعَدَمِ عِلْمِهِ بِالْحَالِ، وَهَاهُنَا أَوْلَى؛ لِاشْتِرَاكِهَا فِي ثُبُوتِ الْيَدِ، وَلَوْ أَتْلَفَتْهُ عَلَى وَجْهٍ مُحَرَّمٍ شَرْعًا عَالِمَةً بِتَحْرِيمِهِ كَالْقَاتِلَةِ لِلْعَبْدِ الْمَغْصُوبِ، وَالْمُحْرِقَةِ لِلْمَالِ بِإِذْنِ الْغَاصِبِ، فَفِي التَّلْخِيصِ: يَسْتَقِرُّ عَلَيْهَا الضَّمَانُ؛ لِأَنَّهَا عَالِمَةٌ بِالتَّحْرِيمِ، فَهِيَ كَالْعَالِمَةِ بِأَنَّهُ مَالُ الْغَيْرِ، وَرَجَّحَ الْحَارِثِيُّ دُخُولَهَا فِي قِسْمِ الْمَغْرُورِ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ عَالِمَةٍ بِالضَّمَانِ، فَتَغْرِيرُ الْغَاصِبِ لَهَا حَاصِلٌ، وَاللهُ أَعْلَمُ.



الْقَاعِدَةُ الرَّابِعَةُ وَالتِّسْعُون



قَبْضُ مَالِ الْغَيْرِ مِنْ يَدِ قَابِضِهِ بِحَقٍّ بِغَيْرِ إِذْنِ مَالِكِهِ، إِنْ كَانَ يَجُوزُ لَهُ إِقْبَاضُهُ فَهُوَ أَمَانَةٌ عِنْدَ الثَّانِي إِنْ كَانَ الْأَوَّلُ أَمِينًا وَإِلَّا فَلَا، وَإِنْ لَمْ يَكُ إِقْبَاضُهُ جَائِزًا فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا.

وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ: أَلَّا يَضْمَنَ غَيْرُ الْأَوَّلِ، وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ ذَلِكَ صُوَرٌ:

مِنْهَا: مُودَعُ الْمُودَعِ، فَإِنْ كَانَ حَيْثُ يَجُوزُ الْإِيدَاعُ فَلَا ضَمَانَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَإِنْ كَانَ حَيْثُ لَا يَجُوزُ فَالضَّمَانُ عَلَى الْأَوَّلِ، وَفِي الثَّانِي وَجْهَانِ سَبَقَ ذِكْرُهُمَا.

وَمِنْهَا: الْمُسْتَأْجِرُ مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ، فَإِنْ كَانَ حَيْثُ يَجُوزُ الْإِيجَارُ بِأَنْ كَانَ لِمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي الِانْتِفَاعِ فَلَا ضَمَانَ وَإِلَّا فَلَا يَثْبُتُ الضَّمَانُ عَلَيْهَا، وَقَرَارُهُ فِي الْعَيْنِ عَلَى الْأَوَّلِ.

وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَى الثَّانِي بِحَالٍ مِنَ الْمُودِعِ.

وَمِنْهَا: مُضَارَبُ الْمُضَارَبِ حَيْثُ يَجُوزُ لَهُ فَهُوَ أَمِينٌ، وَهَلِ الثَّانِي مُضَارَبٌ لِلْمَالِكِ وَالْأَوَّلُ وَكِيلٌ فِي الْعَقْدِ لَا شَيْءَ لَهُ مِنَ الرِّبْحِ، أَوْ هُوَ مُضَارَبٌ لِلْأَوَّلِ فَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، جَزَمَ بِهِ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ بِالْأَوَّلِ، ثُمَّ اخْتَارَ الثَّانِيَ فِيمَا إِذَا دَفَعَهُ مُضَارَبَةً وَقُلْنَا: لَا يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ، وَحَيْثُ مُنِعَ مِنْ دَفْعِهِ مُضَارَبَةً، فَلِلْمَالِكِ

تَضْمِينُ أَيِّهِمَا شَاءَ، وَيَرْجِعُ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ إِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِالحَالِ لِدُخُولِهِ عَلَى الْأَمَانَةِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ لَا يَرْجِعُ لِحُصُولِ التَّلَفِ تَحْتَ يَدِهِ، وَقَدْ سَبَقَ أَصْلُهُ.

وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَضْمَنَ الثَّانِي بِحَالٍ، وَإِنْ عَلِمَ بِالحَالِ، فَهَلْ هُوَ كَالْغَاصِبِ لَا أُجْرَةَ لَهُ، أَوْ كَالْمُضَارِبِ الْمُتَعَدِّي لَهُ أُجْرَةُ الْمِثْلِ؟

يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ، قَالَهُ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ، وَحَكَاهُمَا صَاحِبُ الْكَافِي رِوَايَتَيْنِ مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ بِحَالَةِ الْعِلْمِ.

وَمِنْهَا: وَكِيلُ الْوَكِيلِ حَيْثُ لَا يَجُوزُ التَّوْكِيلُ، فَهُوَ كَالْمُضَارِبِ فِي الضَّمَانِ.

وَمِنْهَا: الْمُسْتَعِيرُ مِنَ الْمُسْتَعِيرِ، فَإِنْ قُلْنَا بِجَوَازِهِ فَكُلٌّ مِنْهُمَا ضَامِنٌ لِلْعَيْنِ دُونَ الْمَنْفَعَةِ؛ لِدُخُولِهِ عَلَى ذَلِكَ عَلَى بَصِيرَةٍ، فَإِذَا تَلِفَتْ عِنْدَ الثَّانِي ضَمِنَهُ الْمَالِكُ، كَمَا لَوْ كَانَ هُوَ الْمُعِيرَ لَهُ، وَلَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْأَوَّلِ لِانْتِفَاءِ التَّغْرِيرِ، وَإِنْ قُلْنَا بِالْمَنْعِ، وَهُوَ الْمَشْهُورُ، فَلِلْمَالِكِ مُطَالَبَةُ كُلٍّ مِنْهُمَا بِضَمَانِ الْعَيْنِ وَالْمَنْفَعَةِ، وَالْمَدَارُ عَلَى الثَّانِي؛ لِحُصُولِ التَّلَفِ فِي يَدِهِ إِنْ كَانَ عَالِمًا بِالحَالِ، وَمَعَ عَدَمِ الْعِلْمِ يَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ ضَمَانُ الْعَيْنِ دُونَ الْمَنْفَعَةِ، فَإِنَّهُ يَسْتَقِرُّ ضَمَانُهَا عَلَى الْأَوَّلِ لِتَغْرِيرِهِ، كَذَا قَالَ الْأَصْحَابُ.

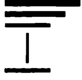
وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ الثَّانِي إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالحَالِ.

وَمِنْهَا: الْمُسْتَعِيرُ مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ، قَالَ فِي التَّلْخِيصِ: هُوَ أَمِينٌ عَلَى الصَّحِيحِ لِقَبْضِهِ مِنْ يَدِ أَمِينٍ، فَلَا يَكُونُ ضَامِنًا.

وَمِنْهَا: الْمُشْتَرِي مِنَ الْوَكِيلِ الْمُخَالِفِ مُخَالَفَةً يَفْسُدُ بِهَا الْبَيْعُ إِذَا تَلِفَ الْمَبِيعُ فِي يَدِهِ، فَلِلْمُوَكِّلِ تَضْمِينُ الْقِيمَةِ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا مِنَ الْوَكِيلِ، وَالْمُشْتَرِي عَلَى الْمَشْهُورِ، ثُمَّ إِنْ ضَمِنَ الْوَكِيلُ رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرِي لِتَلَفِهِ فِي يَدِهِ.





الْقَاعِدَةُ الخَامِسَةُ وَالتِّسْعُونَ



مَنْ أَتْلَفَ مَالَ غَيْرِهِ وَهُوَ يَظُنُّ أَنَّهُ لَهُ، أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ يَظُنُّ لِنَفْسِهِ وِلَايَةً عَلَيْهِ، ثُمَّ يَتَبَيَّنُ خَطَأُ ظَنِّهِ، فَإِنْ كَانَ مُسْتَنِدًا إِلَى سَبَبٍ ظَاهِرٍ مِنْ غَيْرِهِ، ثُمَّ تَبَيَّنَ خَطَأُ الْمُتَسَبِّبِ، أَوْ أَقَرَّ بِتَعَمُّدِهِ لِلْجِنَايَةِ؛ ضَمِنَ الْمُتَسَبِّبُ.

وَإِنْ كَانَ مُسْتَنِدًا إِلَى اجْتِهَادٍ مُجَرَّدٍ، كَمَنْ دَفَعَ مَالًا تَحْتَ يَدِهِ إِلَى مَنْ يَظُنُّ أَنَّهُ مَالِكُهُ، أَوْ أَنَّهُ يَجِبُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ، أَوْ أَنَّهُ يَجُوزُ ذَلِكَ، أَوْ دَفَعَ مَالَهُ الَّذِي يَجِبُ عَلَيْهِ إِخْرَاجُهُ لِحَقِّ اللهِ إِلَى مَنْ يَظُنُّهُ مُسْتَحِقًّا، ثُمَّ تَبَيَّنَ الْخَطَأُ، فَفِي ضَمَانِهِ قَوْلَانِ.

وَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمُسْتَنَدَ لَا يَجُوزُ الِاعْتِمَادُ عَلَيْهِ، وَلَمْ يَتَبَيَّنْ أَنَّ الْأَمْرَ بِخِلَافِهِ، فَإِنْ تَعَلَّقَ بِهِ حُكْمٌ فَنَقَصَ فَالضَّمَانُ عَلَى الْمُتْلِفِ، وَإِلَّا فَلَا ضَمَانَ، وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ هَذِهِ الْجُمْلَةِ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: أَنْ يَشْهَدَ شَاهِدَانِ بِمَوْتِ زَيْدٍ، فَيُقَسَّمُ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ، ثُمَّ يَتَبَيَّنُ بُطْلَانُ الشَّهَادَةِ بِقُدُومِهِ حَيًّا، فَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ أَنَّهُمَا يَضْمَنَانِ الْمَالَ، وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لِلْوَرَثَةِ، وَظَاهِرُ كَلَامِهِ اسْتِقْرَارُ الضَّمَانِ عَلَى الْمَشْهُورِ أَوِ اخْتِصَاصُهُمْ بِهِ، وَهُوَ فِي الْجُمْلَةِ مُوَافِقٌ لِقَوْلِهِ الْمَشْهُورِ عَنْهُ فِي تَقْرِيرِ الضَّمَانِ عَلَى الْغَارِّ كَمَا سَبَقَ.

وَقَالَ الْقَاضِي: يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ أَغْرَمَ الْوَرَثَةَ، وَرَجَعُوا بِذَلِكَ عَلَى الشُّهُودِ لِتَغْرِيرِهِمْ، وَلَا ضَمَانَ هُنَا عَلَى الْحَاكِمِ؛ لِأَنَّهُ مُلْجَأٌ إِلَى الْحُكْمِ مِنْ جِهَةِ الشُّهُودِ.

وَنَقَلَ أَبُو النَّصرِ الْعِجْلِيُّ عَنْ أَحْمَدَ فِي حَاكِمٍ رَجَمَ رَجُلًا بِشَهَادَةِ أَرْبَعَةٍ بِالزِّنَا، ثُمَّ تبيَّنَ أَنَّهُ مجْبُوبٌ، أَنَّ الضَّمَانَ عَلَى الحَاكِمِ، وَلَعَلَّ تَضْمِينَهُ هَاهُنَا لِتَفْرِيطِهِ؛ إِذِ المَجْبُوبُ لَا يَخْفَى أَمْرُهُ غَالِبًا، فَتَرْكُهُ الْفَحْصَ عَنْ حَالِهِ تَفْرِيطٌ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَكَمَ الحَاكِمُ بِمَالٍ، ثُمَّ رَجَعَ الشُّهُودُ، وَصَرَّحُوا بِالخَطَأِ أَوِ التَّعَمُّدِ بِشَهَادَةِ الزُّورِ، فَإِنَّ الضَّمَانَ يَخْتَصُّ بِهِمْ لِاعْتِرَافِهِمْ، وَلَا يُنْتَقَضُ حُكْمُ الحَاكِمِ بِمُجَرَّدِ ذَلِكَ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَى المَحْكُومِ لَهُ بِشَيْءٍ كَمَا لَوْ بَاعَ عَيْنًا أَوْ وَهَبَهَا أَوْ أَقَرَّ بِهَا لِرَجُلٍ، ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا بَعْدَ ذَلِكَ لِآخَرَ، فَإِنَّهُ لَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ عَلَى الْأَوَّلِ، وَيَضْمَنُ الثَّانِي.

وَمِنْهَا: أَنْ يَحْكُمَ الحَاكِمُ بِمَالٍ وَيَسْتَوْفِيَ، ثُمَّ يَتَبَيَّنَ أَنَّ الشُّهُودَ فُسَّاقٌ أَوْ كُفَّارٌ، فَإِنَّ حُكْمَهُ فِي الْبَاطِنِ غَيْرُ نَافِذٍ بِالِاتِّفَاقِ، نَقَلَهُ أَبُو الخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ. وَأَمَّا فِي الظَّاهِرِ فَهُوَ نَافِذٌ، وَهَلْ يَجِبُ نَقْضُهُ؟

المَذْهَبُ وُجُوبُهُ، وَهُوَ قَوْلُ الخِرَقِيِّ وَالْقَاضِي؛ لِتَبَيُّنِ انْتِفَاءِ شَرْطِ الحُكْمِ، فَلَمْ يُصَادِفْ مَحَلًّا، ثُمَّ يَجِبُ ضَمَانُ المَالِ عَلَى المَحْكُومِ لَهُ؛ لِإِتْلَافِهِ لَهُ مُبَاشَرَةً، قَالَ الْقَاضِي: وَلَوْ كَانَ المَحْكُومُ لَهُ مُعْسِرًا فَلِلْمُسْتَحِقِّ مُطَالَبَةُ الْإِمَامِ قَرَارَ الضَّمَانِ عَلَى المَحْكُومِ لَهُ، وَلَا شَيْءَ عَلَى المُزَكِّينَ بِحَالٍ، وَلَوْ حُكِمَ لِآدَمِيٍّ بِإِتْلَافِ نَفْسٍ أَوْ طَرَفٍ فَطَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: هُوَ كَالمَالِ؛ لِأَنَّ المُسْتَوْفِيَ هُوَ المَحْكُومُ لَهُ، وَالْإِمَامُ مُمَكِّنٌ لَا غَيْرُ، وَهِيَ طَرِيقَةُ المُحَرَّرِ.

وَالثَّانِي: يَضْمَنُهُ الحَاكِمُ، صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ، وَهُوَ وَفْقُ إِطْلَاقِ

الْأَكْثَرِينَ؛ لِأَنَّ المَحْكُومَ لَهُ لَمْ يَقْبِضْ شَيْئًا، فَنَسَبَ الْفِعْلَ إِلَى خَطَأِ الْإِمَامِ، كَمَا لَوْ كَانَ الْمُسْتَوْفِي حَقًّا للهِ تَعَالَى عَزَّوَجَلَّ، فَإِنَّ ضَمَانَهُ عَلَى الْإِمَامِ.

وَحَكَى الْقَاضِي وَغَيْرُهُ رِوَايَةً أُخْرَى أَنَّهُ لَا يُنْقَضُ الْحُكْمُ إِذَا بَانَ الشُّهُودُ فُسَّاقًا، وَيَضْمَنُ الشُّهُودُ، كَمَا لَوْ رَجَعُوا عَنِ الشَّهَادَةِ، وَهَذَا ضَعِيفٌ جِدًّا، وَلَا أَصْلَ لِذَلِكَ فِي كَلَامِ أَحْمَدَ، وَإِنَّمَا أَخَذُوهُ مِنْ رِوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، وَتِلْكَ لَا فِسْقَ فِيهَا؛ لِجَوَازِ غَفْلَةِ الشُّهُودِ، وَإِنَّمَا ضَمِنُوا لِتَبَيُّنِ بُطْلَانِ شَهَادَتِهِمْ بِالْعِيَانِ، فَهُوَ أَعْظَمُ مِنَ الرُّجُوعِ.

وَلَا يُمْكِنُ بَقَاءُ الْحُكْمِ بَعْدَ تَبَيُّنِ فَسَادِ الْمَحْكُومِ بِهِ عِيَانًا، وَلَا يَصِحُّ إِلْحَاقُ الْفِسْقِ فِي الضَّمَانِ بِالرُّجُوعِ؛ لِأَنَّ الرَّاجِعِينَ اعْتَرَفُوا بِبُطْلَانِ شَهَادَتِهِمْ وَتَسَبُّبِهِمْ إِلَى انْتِزَاعِ مَالِ الْمَعْصُومِ، وَقَوْلُهُمْ غَيْرُ مَقْبُولٍ عَلَى نَقْضِ الْحُكْمِ، فَتَعَيَّنَ تَغْرِيمُهُمْ، وَلَيْسَ هَاهُنَا اعْتِرَافٌ يُبْنَى عَلَيْهِ التَّغْرِيمُ، فَلَا وَجْهَ لَهُ، فَالصَّوَابُ الْجَزْمُ بِأَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَى أَحَدٍ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ الْحُكْمَ لَا يُنْقَضُ، كَمَا جَزَمَ بِهِ فِي الْمُحَرَّرِ.

وَمِنْهَا: إِذَا وَصَّى إِلَى رَجُلٍ بِتَفْرِيقِ ثُلُثِهِ فَفَعَلَ، ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّ عَلَيْهِ دَيْنًا مُسْتَغْرِقًا لِلتَّرِكَةِ، فَفِي ضَمَانِهِ رِوَايَتَانِ، وَلَكِنْ هُنَا لَمْ يَتَصَرَّفْ فِي مِلْكِ الْغُرَمَاءِ، بَلْ فِيمَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُمْ، وَلَكِنَّهُ تَعَلُّقٌ قَوِيٌّ، لَا سِيَّمَا إِنْ قُلْنَا: لَمْ يَنْتَقِلْ إِلَى الْوَرَثَةِ، وَلِهَذَا قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِي التَّرِكَةِ: هِيَ لِلْغُرَمَاءِ، لَا لِلْوَرَثَةِ، وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ الْوَرَثَةُ التَّصَرُّفَ فِيهَا إِلَّا بِشَرْطِ الضَّمَانِ.

وَخَرَّجَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ كُلَّ مَنْ تَصَرَّفَ بِوِلَايَةٍ فِي مَالٍ، ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ مُسْتَحَقٌّ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى لِشَخْصٍ بِشَيْءٍ فَلَمْ يُعْرَفِ الْمُوصَى لَهُ، صَرَفَهُ الْوَصِيُّ أَوِ الحَاكِمُ فِيمَا يَرَاهُ مِنْ أَبْوَابِ الْبِرِّ، فَإِنْ جَاءَ الْمُوصَى لَهُ وَأَثْبَتَ ذَلِكَ، فَهَلْ يَضْمَنُ الْمُفَرِّقُ مَا فَرَّقَهُ؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ، قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى: أَظْهَرُهُمَا لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ.

وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ فِي الثَّانِي: إِنْ فَعَلَهُ الْوَصِيُّ بِإِذْنِ الحَاكِمِ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ فَعَلَهُ بِدُونِ إِذْنِهِ ضَمِنَ.

وَمِنْهَا: لَوِ اشْتَرَى الْوَرَثَةُ عَبْدًا مِنَ التَّرِكَةِ وَأَعْتَقُوهُ تَنْفِيذًا لِوَصِيَّةِ مُورِثِهِمْ بِذَلِكَ، ثُمَّ ظَهَرَ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ، فَإِنَّهُمْ يَضْمَنُونَ لِلْغُرَمَاءِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ.

وَيَتَخَرَّجُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ بِانْتِفَاءِ الضَّمَانِ مِنْ مَسْأَلَةِ الْوَصِيِّ.

وَمِنْهَا: لَوِ اشْتَرَى الْمُضَارِبُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، صَحَّ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ، وَهَلْ يَضْمَنُهُ الْعَامِلُ؟

فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: يَضْمَنُ بِكُلِّ حَالٍ، سَوَاءٌ كَانَ عَالِمًا بِالحَالِ أَوْ جَاهِلًا، قَالَهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَأَبُو الخَطَّابِ.

وَالثَّانِي: إِنْ كَانَ جَاهِلًا لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ كَانَ عَالِمًا ضَمِنَ، كَمَا لَوْ عَامَلَ فَاسِقًا أَوْ مُمَاطِلًا أَوْ سَافَرَ سَفَرًا مَخُوفًا، أَوْ دَفَعَ الْوَصِيُّ أَوْ أَمِينُ الحَاكِمِ مَالَ الْيَتِيمِ مُضَارَبَةً إِلَى مَنْ ظَاهِرُهُ الْعَدَالَةُ، فَبَانَ بِخِلَافِهِ، فَإِنَّهُ لَا ضَمَانَ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ إِلَّا مَعَ الْعِلْمِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ وَالْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَالثَّالِثُ: لَا ضَمَانَ بِكُلِّ حَالٍ، حَكَاهُ أَبُو بَكْرٍ عَلَى الضَّمَانِ، هَلْ يَضْمَنُهُ بِالثَّمَنِ الْمُشْتَرَى أَوْ بِقِيمَةِ المِثْلِ، وَيَكُونُ الضَّمَانُ فِي الرِّبْحِ الزَّائِدِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ذَكَرَهُمَا أَبُو بَكْرٍ.

وَمِنْهَا: إِذَا دَفَعَ الْقَصَّارُ ثَوْبَ رَجُلٍ إِلَى غَيْرِهِ خَطَأً، فَتَصَرَّفَ فِيهِ الْمَدْفُوعُ إِلَيْهِ بِقَطْعٍ أَوْ لُبْسٍ يَظُنُّهُ ثَوْبَهُ، فَنَقَلَ حَنْبَلٌ عَنْ أَحْمَدَ فِي قَصَّارٍ أَبْدَلَ الثَّوْبَ فَأَخَذَهُ صَاحِبُهُ فَقَطَعَهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ أَنَّهُ ثَوْبُهُ، قَالَ: عَلَى الْقَصَّارِ إِذَا أَبْدَلَ، قِيلَ لَهُ: فَإِنْ كَانَ مَالًا فَأَنْفَقَهُ؟ قَالَ: ثَمَنُ هَذَا مِثْلُ المَالِ عَلَى الَّذِي أَنْفَقَهُ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ تَلِفَ، فَفَرَّقَ بَيْنَ المَالِ إِذَا أُنْفِقَ وَتَلِفَ وَبَيْنَ الثَّوْبِ إِذَا قُطِعَ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ هُنَا مَوْجُودَةٌ، فَيُمْكِنُ الرُّجُوعُ فِيهَا وَيَضْمَنُ نَقْصَهَا الْقَصَّارُ لِجِنَايَتِهِ خَطَأً، وَظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنْ لَا شَيْءَ عَلَى الْقَاطِعِ؛ لِأَنَّهُ مَغْرُورٌ وَلَمْ يَدْخُلْ عَلَى الضَّمَانِ.

أَمَّا إِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ دَرَاهِمَ غَيْرِهِ يَظُنُّهُ صَاحِبَهَا فَأَنْفَقَهَا، فَالضَّمَانُ عَلَى الْمُنْفِقِ، وَإِنْ كَانَ مَغْرُورًا لِتَلَفِ المَالِ تَحْتَ يَدِهِ بِانْتِفَاعِهِ بِهِ، وَذَلِكَ مُقَرَّرٌ لِلضَّمَانِ مَعَ الْيَدِ عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ.

وَنَقَلَ مُحَمَّدُ بْنُ الحَكَمِ عَنْ أَحْمَدَ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ أَنَّهُ ذَكَرَ لَهُ قَوْلَ مَالِكٍ: لَا يَغْرَمُ الَّذِي لَبِسَهُ وَيَغْرَمُ الْغَسَّالُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ، فَقَالَ: لَا يُعْجِبُنِي مَا قَالَ، وَلَكِنْ إِذَا هُوَ لَمْ يَعْلَمْ فَلَبِسَهُ فَإِنَّ عَلَيْهِ مَا نَقَصَ، لَيْسَ عَلَى الْقَصَّارِ شَيْءٌ. فَأَوْجَبَ هُنَا الضَّمَانَ عَلَى اللَّابِسِ لِاسْتِيفَائِهِ المَنْفَعَةَ دُونَ الدَّافِعِ، بِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَمَّدِ الجِنَايَةَ، فَكَأَنَّ إِحَالَةَ الضَّمَانِ عَلَى الْمُسْتَوْفِي لِلنَّفْعِ أَوَّلًا.

وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ تُوَافِقُ مَا قَبْلَهَا فِي تَقْرِيرِ الضَّمَانِ عَلَى الْمُنْتَفِعِ، لَا سِيَّمَا وَالدَّافِعُ

هُنَا مَعْذُورٌ، وَإِنَّمَا ضَمِنَ الْقَصَّارُ الْقَطْعَ؛ لِأَنَّهُ تَلَفٌ لَمْ يَحْدُثْ مِنِ انْتِفَاعِ الْقَابِضِ، فَكَانَ ضَمَانُهُ عَلَى الدَّافِعِ لِنِسْبَتِهِ إِلَيْهِ.

فَالرِّوَايَتَانِ إِذَنْ مُتَّفِقَتَانِ، وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ جَعَلَهُمَا مُخْتَلِفَتَيْنِ فِي أَنَّ الضَّمَانَ هَلْ هُوَ عَلَى الْقَصَّارِ أَوِ الْمَدْفُوعِ إِلَيْهِ؟

ثُمَّ مِنْهُمْ مَنْ حَمَلَ رِوَايَةَ ضَمَانِ الْقَصَّارِ عَلَى أَنَّهُ كَانَ أَجِيرًا مُشْتَرَكًا، فَيَضْمَنُ جِنَايَةَ يَدِهِ، وَرِوَايَةُ عَدَمِ ضَمَانِهِ عَلَى أَنَّهُ كَانَ أَجِيرًا خَاصًّا، فَلَا يَضْمَنُ جِنَايَتَهُ مَا لَمْ يَتَعَمَّدْهَا، وَأَشَارَ الْقَاضِي إِلَى ذَلِكَ فِي الْمُجَرَّدِ.

وَمِنْهَا: لَوْ دَفَعَ الْمُلْتَقِطُ اللُّقَطَةَ إِلَى وَاصِفِهَا، ثُمَّ أَقَامَ غَيْرُهُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا لَهُ، فَإِنْ كَانَ الدَّفْعُ بِحُكْمِ حَاكِمٍ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الدَّافِعِ، وَإِنْ كَانَ بِدُونِهِ فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا ضَمَانَ لِوُجُوبِ الدَّفعِ عَلَيْهِ، فَلَا يُنْسَبُ إِلَى تَفْرِيطٍ.

وَالثَّانِي: عَلَيْهِ الضَّمَانُ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي، ثُمَّ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْوَاصِفِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ أَقَرَّ بِهِ بِالْمِلْكِ، أَمَّا لَوْ دَفَعَ الْوَدِيعَةَ إِلَى مَنْ يَظُنُّهُ صَاحِبَهَا ثُمَّ تَبَيَّنَ الْخَطَأُ، فَقَالَ الْأَصْحَابُ: يَضْمَنُ لِتَفْرِيطِهِ.

وَيَتَخَرَّجُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ: أَنَّ الضَّمَانَ عَلَى الْمُتْلِفِ وَحْدَهُ، وَهُوَ ظَاهِرُ مَا نَقَلَهُ حَنْبَلٌ عَنْ أَحْمَدَ فِي مَسْأَلَةِ الْقَصَّارِ. وَلَوْ قَتَلَ مَنْ يَظُنُّهُ قَاتِلَ أَبِيهِ لِاشْتِبَاهِهِ بِهِ فِي الصُّورَةِ قُتِلَ بِهِ؛ لِتَفْرِيطِهِ فِي اجْتِهَادِهِ، ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي مُفْرَدَاتِهِ.

وَيَتَخَرَّجُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ: أَنْ لَا قَوَدَ، وَأَنَّهُ يَضْمَنُ بِالدِّيَةِ، كَمَا لَوْ قَطَعَ يَسَارَ قَاطِعِ يَمِينِهِ ظَانًّا أَنَّهَا الْيَمِينُ، فَإِنَّهُ لَا قَوَدَ، وَسَوَاءٌ كَانَ الجَانِي عَاقِلًا أَوْ مَجْنُونًا، وَفِي وُجُوبِ الدِّيَةِ وَجْهَانِ.

وَمِنْهَا: لَوْ مَضَى عَلَى المَفْقُودِ زَمَنٌ تَجُوزُ فِيهِ قِسْمَةُ مَالِهِ فَقُسِمَ، ثُمَّ قَدِمَ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ أَبَا بَكْرٍ حَكَى فِي ضَمَانِ مَا تَلِفَ فِي أَيْدِي الْوَرَثَةِ مِنْهُ رِوَايَتَيْنِ، وَالمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ المَيْمُونِيِّ وَابْنِ مَنْصُورٍ وَأَبِي دَاوُد عَدَمُ الضَّمَانِ، وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ، وَوَجْهُهُ أَنَّهُ جَازَ اقْتِسَامُ المَالِ فِي الظَّاهِرِ وَالتَّصَرُّفُ فِيهِ، وَلِهَذَا يُبَاحُ لِزَوْجَتِهِ أَنْ تَتَزَوَّجَ، وَإِذَا قَدِمَ خُيِّرَ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ المَهْرِ، فَجَعَلَ التَّصَرُّفَ فِيمَا يَمْلِكُهُ مِنْ مَالٍ وَبُضْعٍ مَوْقُوفًا عَلَى تَنْفِيذِهِ وَإِجَازَتِهِ مَا دَامَ مَوْجُودًا، فَإِذَا تَلِفَ فَقَدْ مَضَى الحُكْمُ فِيهِ وَنَفَذَ، فَإِنَّ إِجَازَتَهُ وَرَدَّهُ إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِالمَوْجُودِ لَا بِالمَفْقُودِ.

وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ عَلَى أَنَّهُ إِذَا قَدِمَ بَعْدَ أَنْ تَزَوَّجَتْ زَوْجَتُهُ وَمَاتَتْ فَلَا خِيَارَ لَهُ وَلَا يَرِثُهَا، وَيُشْبِهُ ذَلِكَ اللُّقَطَةُ إِذَا قَدِمَ المَالِكُ بَعْدَ الحَوْلِ وَالتَّمَلُّكِ وَقَدْ تَلِفَتْ، فَالمَشْهُورُ أَنَّهُ يَجِبُ ضَمَانُهَا لِلْمَالِكِ، وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى رِوَايَةً أُخْرَى أَنَّهُ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ مَعَ التَّلَفِ، وَإِنَّمَا يَجِبُ الرَّدُّ مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَبَضَتِ المُطَلَّقَةُ الْبَائِنُ النَّفَقَةَ يُظَنُّ أَنَّهَا حَامِلٌ، ثُمَّ بَانَتْ حَائِلًا، فَفِي الرُّجُوعِ عَلَيْهَا رِوَايَتَانِ.

وَمِنْهَا: لَوْ غَابَ الزَّوْجُ فَأَنْفَقَتِ الزَّوْجَةُ مِنْ مَالِهِ، ثُمَّ تَبَيَّنَ مَوْتُهُ، فَهَلْ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِمَا أَنْفَقَتْهُ بَعْدَ المَوْتِ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ دَفَعَ زَكَاتَهُ أَوْ كَفَّارَتَهُ إِلَى مَنْ يَظُنُّهُ فَقِيرًا، فَبَانَ أَنَّهُ غَنِيٌّ، فَفِي وُجُوبِ الضَّمَانِ عَلَيْهِ رِوَايَتَانِ، أَصَحُّهُمَا أَنْ لَا ضَمَانَ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ الْعَامِلُ هُوَ الدَّافِعَ، قَالَهُ الْقَاضِي فِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ. وَقَالَ فِي المُجَرَّدِ: لَا يَضْمَنُ الإِمَامُ

بِغَيْرِ خِلَافٍ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ وَلَمْ يُفَرِّطْ؛ لِأَنَّ هَذَا لَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ مِنْهُ، وَإِنْ بَانَ عَبْدًا أَوْ كَافِرًا أَوْ هَاشِمِيًّا فَقِيلَ: هُوَ عَلَى الخِلَافِ، وَبِهِ جَزَمَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُنُونِهِ.

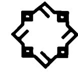
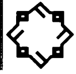
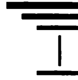
وَكَذَلِكَ ذَكَرَ الْقَاضِي فِي آخِرِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ، إِلَّا أَنَّهُ خَرَّجَ الخِلَافَ فِي الضَّمَانِ هُنَا عَلَى الْقَوْلِ بِعَدَمِهِ فِي الْغَنِيِّ، وَقِيلَ: لَا يُجْزِئُهُ رِوَايَةً وَاحِدَةً؛ لِظُهُورِ التَّفْرِيطِ فِي الِاجْتِهَادِ، فَإِنَّ هَذِهِ الْأَوْصَافَ لَا تَخْفَى، بِخِلَافِ الْغَنِيِّ، وَإِنْ بَانَ أَنَّهُ بِسَبَبِ نَفْسِهِ فَطَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يُجْزِئُهُ قَوْلًا وَاحِدًا، كَمَا لَوْ بَانَ أَنَّهُ عِنْدَ نَفْسِهِ.

وَالثَّانِي: هُوَ لَوْ بَانَ غَنِيًّا، وَالمَنْصُوصُ هَهُنَا الْإِجْزَاءُ؛ لِأَنَّ المَانِعَ خَشْيَةُ المُحَابَاةِ، وَهُوَ مُنْتَفٍ مَعَ عَدَمِ الْعِلْمِ.

قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: وَعَلَى قِيَاسِ ذَلِكَ مَالُ الْفَيْءِ وَالخُمُسِ، وَالْأَمْوَالُ المُوصَى بِهَا، وَالمَوْقُوفَةُ إِذَا ظَنَّ المُتَصَرِّفُ فِيهَا أَنَّ الْأَخْذَ مُسْتَحَقٌّ فَأَخْطَأَ.




الْقَاعِدَةُ السَّادِسَةُ وَالتِّسْعُونَ



مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ أَدَاءُ عَيْنِ مَالٍ، فَأَدَّاهُ عَنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، هَلْ تَقَعُ مَوْقِعَهُ وَيَنْتَفِي الضَّمَانُ عَنِ الْمُؤَدِّي؟ هَذَا عَلَى قِسْمَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ تَكُونَ الْعَيْنُ مِلْكًا لِمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْأَدَاءُ، وَقَدْ تَعَلَّقَ بِهَا حَقٌّ لِلْغَيْرِ، فَإِنْ كَانَ الْمُتَصَرِّفُ لَهُ وِلَايَةُ التَّصَرُّفِ وَقَعَ الْمَوْقِعَ وَلَا ضَمَانَ، وَلَوْ كَانَ الْوَاجِبُ دَيْنًا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وِلَايَةٌ، فَإِنْ كَانَتِ الْعَيْنُ مُتَمَيِّزَةً بِنَفْسِهَا فَلَا ضَمَانَ وَيُجْزِئُ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُتَمَيِّزَةً مِنْ بَقِيَّةِ مَالِهِ ضَمِنَ وَلَمْ يُجْزِئْ إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْمَالِكُ التَّصَرُّفَ، فَنَقُولُ بِوَقْفِ عُقُودِ الْفُضُولِيِّ عَلَى الْإِجَازَةِ.

وَيَتَفَرَّعُ عَلَى هَذَا مَسَائِلُ:

مِنْهَا: لَوِ امْتَنَعَ مِنْ وَفَاءِ دَيْنِهِ وَلَهُ مَالٌ، فَبَاعَ الْحَاكِمُ مَالَهُ وَوَفَّاهُ عَنْهُ، صَحَّ، وَبَرِئَ مِنْهُ، وَلَا ضَمَانَ.

وَمِنْهَا: لَوِ امْتَنَعَ مِنْ أَدَاءِ الزَّكَاةِ، فَأَخَذَهَا الْإِمَامُ مِنْهُ قَهْرًا، فَإِنَّهُ تُجْزِئُ عَنْهُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ وَالْخِرَقِيِّ؛ لِأَنَّ لِلْإِمَامِ وِلَايَةً عَلَى الْمُمْتَنِعِ، وَهَذَا حَقٌّ تَدْخُلُهُ النِّيَابَةُ، فَوَقَعَ مَوْقِعَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ تَعَذَّرَ اسْتِئْذَانُ مَنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ لِغَيْبَةٍ أَوْ حَبْسٍ، فَأَخَذَ السَّاعِي الزَّكَاةَ مِنْ مَالِهِ، سَقَطَتْ عَنْهُ.

وَمِنْهَا: وَلِيُّ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ يُخْرِجُ عَنْهُمَا الزَّكَاةَ وَيُجْزِئُ، كَمَا يُؤَدِّي عَنْهُمَا سَائِرَ الْوَاجِبَاتِ المَالِيَّةِ مِنَ النَّفَقَاتِ وَالْغَرَامَاتِ.

وَمِنْهَا: إِذَا عَيَّنَ أُضْحِيَّةً فَذَبَحَها غَيْرُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، أَجْزَأَتْ عَنْ صَاحِبِهَا، وَلَمْ يَضْمَنِ الذَّابِحُ شَيْئًا، نَصَّ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهَا مُتَعَيِّنَةٌ لِلذَّبْحِ مَا لَمْ يُبَدِّلْهَا، وَإِرَاقَةُ دَمِهَا وَاجِبٌ، فَالذَّابِحُ قَدْ عَجَّلَ الْوَاجِبَ فَوَقَعَ مَوْقِعَهُ، وَلَا فَرْقَ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ مُعَيَّنَةً ابْتِدَاءً أَوْ عَنِ الْوَاجِبِ فِي الذِّمَّةِ.

وَفَرَّقَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ بَيْنَ مَا وَجَبَ فِي الذِّمَّةِ وَغَيْرِهِ، وَقَالَ: المُعَيَّنَةُ عَنْ وَاجِبٍ فِي الذِّمَّةِ يُشْتَرَطُ لَهَا نِيَّةُ المَالِكِ عِنْدَ الذَّبْحِ، فَلَا يُجْزِئُ ذَبْحُ غَيْرِهِ لَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَيَضْمَنَ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَحْرَمَ وَفِي يَدِهِ المُشَاهَدَةِ صَيْدٌ، فَأَطْلَقَهُ غَيْرُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، فَقَالَ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ: لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ، كَمَا لَوْ أَدَّى عَنْهُ دَيْنَهُ فِي هَذَا الحَالِ.

وَفِي المُبْهِجِ لِلشِّيرَازِيِّ أَنَّهُ يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ لَمْ يَزُلْ عَنْهُ، وَإِرْسَالُ الْغَيْرِ إِتْلَافٌ يُوجِبُ الضَّمَانَ، فَهُوَ كَقَتْلِهِ، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ المُرْسِلُ حَاكِمًا أَوْ وَلِيَّ صَبِيٍّ، فَلَا ضَمَانَ لِلْوِلَايَةِ، وَهَذَا كُلُّهُ بِنَاءً عَلَى قَوْلِنَا: يَجِبُ عَلَيْهِ إِرْسَالُهُ وَإِلْحَاقُهُ بِالْوَحْشِ، وَهُوَ المَنْصُوصُ، أَمَّا إِنْ قُلْنَا: يَجُوزُ لَهُ نَقْلُ يَدِهِ إِلَى غَيْرِهِ بِإِعَارَةٍ أَوْ إِيدَاعٍ كَمَا قَالَهُ الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي بَابِ الْعَارِيَّةِ، فَالضَّمَانُ وَاجِبٌ بِغَيْرِ إِشْكَالٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ نَذَرَ الصَّدَقَةَ بِمَالٍ مُعَيَّنٍ فَتَصَدَّقَ بِهِ عَنْهُ غَيْرُهُ فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ كَالْأُضْحِيَّةِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي الخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ،

سَوَاءٌ قِيلَ بِزَوَالِ مِلْكِهِ أَوِ امْتِنَاعِ الْإِبْدَالِ، كَمَا لَوِ اخْتَارَهُ، أَوْ بِبَقَاءِ الْمِلْكِ وَجَوَازِ الْإِبْدَالِ؛ إِذْ لَا فَرْقَ بَيْنَ الدَّرَاهِمِ الْمَنْذُورَةِ وَبَيْنَ الْأُضْحِيَّةِ فِي ذَلِكَ.

الثَّانِي: الضَّمَانُ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ.

وَيُشْكِلُ الْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأُضْحِيَّةِ، لَا سِيَّمَا وَالْمَنْقُولُ لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فِي الْعُقُودِ عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ، بِخِلَافِ الْحَيَوَانِ، وَقَدْ يُقَالُ فِي الْفَرْقِ: إِنَّ الْأُضْحِيَّةَ إِنَّمَا يَجُوزُ إِبْدَالُـهَا بِخَيْرٍ مِنْهَا، وَالنُّقُودُ مُتَسَاوِيَةٌ غَالِبًا، فَلَا مَعْنَى لِإِبْدَالِـهَا.

وَقَدْ أَشَارَ الْقَاضِي إِلَى الْفَرْقِ بِأَنَّ النَّذْرَ يَحْتَاجُ إِخْرَاجُهُ إِلَى نِيَّةٍ كَالزَّكَاةِ، وَهَذَا مَمْنُوعٌ، بَلْ نَقُولُ فِي نَذْرِ الصَّدَقَةِ بِالْمُعَيَّنِ مَا نَقُولُ فِي الْأُضْحِيَّةِ الْمُعَيَّنَةِ.

وَأَمَّا إِذَا أَدَّى غَيْرُهُ زَكَاتَهُ الْوَاجِبَةَ مِنْ مَالِهِ، أَوْ نَذْرَهُ الْوَاجِبَ فِي الذِّمَّةِ، أَوْ كَفَّارَتَهُ مِنْ مَالِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، حَيْثُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ فِي الْمَشْهُورِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْقُطُ بِهِ فَرْضُ الْمَالِكِ؛ لِفَوَاتِ النِّيَّةِ الْمُعْتَبَرَةِ مِنْهُ، وَمِمَّنْ يَقُومُ مَقَامَهُ.

وَخَرَّجَ الْأَصْحَابُ نُفُوذَهُ بِالْإِجَازَةِ مِنْ نُفُوذِ تَصَرُّفِ الْفُضُولِيِّ بِهَا. وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي الْعِبَادَاتِ كَالزَّكَاةِ وَالْأُضْحِيَّةِ وَالنَّذْرِ إِنَّمَا هُوَ إِذَا نَوَاهُ الْمُخْرِجُ عَنِ الْمَالِكِ، فَأَمَّا إِنْ نَوَى عَنْ نَفْسِهِ وَكَانَ عَالِمًا بِالْحَالِ، فَهُوَ غَاصِبٌ مَحْضٌ، فَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ لِنَفْسِهِ بِأَدَاءِ الزَّكَاةِ، وَلَا بِذَبْحِ الْأُضْحِيَّةِ وَالْهَدْيِ وَلَا غَيْرِهِمَا؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ مِنْ أَصْلِهِ تَعَدِّيًا، وَذَلِكَ يُنَافِي التَّقَرُّبَ.

وَخَرَّجَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ وَجْهًا بِوَقْفِهِ عَلَى الْإِجَازَةِ مِنَ الْقَوْلِ بِوَقْفِ تَصَرُّفِ الْغَاصِبِ، وَرُبَّمَا ذَكَرَهُ بَعْضُهُمْ رِوَايَةً فِي الزَّكَاةِ، وَخَرَّجَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَجْهًا فِي

الْعِتْقِ، لَكِنْ إِذَا الْتَزَمَ ضَمَانَهُ فِي مَالِهِ، وَهَذَا شَبِيهٌ بِتَصَرُّفِ الْفُضُولِيِّ. وَهَلْ يُجْزِئُ عَنِ المَالِكِ فِي هَذِهِ الحَالِ أَمْ لَا؟

حَكَى الْقَاضِي فِي الْأُضْحِيَّةِ رِوَايَتَيْنِ، وَالصَّوَابُ أَنَّ الرِّوَايَتَيْنِ تَتَنَزَّلُ عَلَى اخْتِلَافِ حَالَتَيْنِ، لَا عَلَى اخْتِلَافِ قَوْلَيْنِ، فَإِنْ نَوَى الذَّابِحُ بِالذَّبْحِ عَنْ نَفْسِهِ مَعَ عِلْمِهِ بِأَنَّهَا أُضْحِيَّةُ الْغَيْرِ لَمْ يُجْزِئْ؛ لِغَصْبِهِ وَاسْتِيلَائِهِ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ وَإِتْلَافِهِ لَهُ عُدْوَانًا، وَإِنْ كَانَ يَظُنُّ الذَّابِحُ أَنَّهَا أُضْحِيَّةٌ لِاشْتِبَاهِهَا عَلَيْهِ أَجْزَأَتْ عَنِ المَالِكِ.

وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى الصُّورَتَيْنِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَسِنْدِيٍّ مُفَرِّقًا بَيْنَهُمَا مُصَرِّحًا بِالتَّعْلِيلِ المَذْكُورِ، وَكَذَلِكَ الخَلَّالُ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا، وَعَقَدَ لَهُمَا بَابَيْنِ مُنْفَرِدَيْنِ، فَلَا يَصِحُّ التَّسْوِيَةُ بَعْدَ ذَلِكَ، وَمَتَى قِيلَ بِعَدَمِ الْإِجْزَاءِ فَعَلَى الذَّابِحِ الضَّمَانُ، لَكِنْ هَلْ يَضْمَنُ أَرْشَ الذَّبْحِ أَوْ كَمَالَ الْقِيمَةِ؟

أَمَّا عَلَى رِوَايَةِ تَحْرِيمِ ذَبِيحَةِ الْغَاصِبِ فَضَمَانُ الْقِيمَةِ مُتَعَيِّنٌ، وَأَمَّا عَلَى الْقَوْلِ بِالحِلِّ، وَهُوَ المَشْهُورُ، فَقَدْ يُقَالُ: إِنْ كَانَتْ مُعَيَّنَةً عَنْ وَاجِبٍ فِي الذِّمَّةِ فَحُكْمُ هَذَا الذَّبْحِ حُكْمُ عَطَبِهَا، وَإِذَا عَطِبَتْ، فَهَلْ تَرْجِعُ إِلَى مِلْكِهِ؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ، فَإِنْ قِيلَ بِرُجُوعِهَا إِلَى مِلْكِهِ فَعَلَى الذَّابِحِ أَرْشُ نَقْصِ الذَّبْحِ خَاصَّةً، وَإِنْ قِيلَ: لَا يَرْجِعُ إِلَى مِلْكِهِ فَالذَّبْحُ حِينَئِذٍ بِمَنْزِلَةِ إِتْلَافِهَا بِالْكُلِّيَّةِ، فَيَضْمَنُ الجَمِيعَ، وَيَشْتَرِي المَالِكُ بِالْقِيمَةِ مَا يَذْبَحُهُ عَنِ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ، وَيَصْرِفُ الْكُلَّ مَصْرِفَ الْأُضْحِيَّةِ، وَإِنْ كَانَتْ مُعَيَّنَةً ابْتِدَاءً أَوْ تَطَوُّعًا فَقَدْ فَوَّتَ عَلَى المَالِكِ التَّقَرُّبَ بِهَا وَكَوْنَهَا أُضْحِيَّةً أَوْ هَدْيًا، لَكِنْ عَلَى وَجْهٍ لَا يَلْزَمُهُ بَدَلُهَا، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِلَحْمِهَا كَالْعَاطِبِ دُونَ مَحِلِّهِ، وَيَأْخُذَ أَرْشَ الذَّبْحِ مِنَ الذَّابِحِ وَيَتَصَدَّقَ

بِهِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُضَمِّنَهُ قِيمَتَهَا، وَهُوَ أَظْهَرُ؛ لِأَنَّهُ فَوَّتَ عَلَيْهِ التَّقَرُّبَ بِهَا عَلَى وَجْهٍ لَا يَعُودُ إِلَيْهِ مِنْهَا شَيْءٌ، فَهُوَ كَإِتْلَافِهَا.

وَأَمَّا إِذَا فَرَّقَ الْأَجْنَبِيُّ اللَّحْمَ فَقَالَ الْأَصْحَابُ: لَا يُجْزِئُ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ قَالَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِيمَا إِذَا ذَبَحَ كُلُّ وَاحِدٍ أُضْحِيَّةَ الْآخَرِ يَعْتَقِدُ أَنَّهَا أُضْحِيَّتُهُ: إِنَّهُمَا يَتَرَادَّانِ اللَّحْمَ، قَالُوا: وَإِنْ تَلِفَ فَعَلَيْهِ ضَمَانُ قِيمَتِهِ.

وَأَبْدَى ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُنُونِهِ احْتِمَالًا بِالْإِجْزَاءِ؛ لِأَنَّ التَّفْرِقَةَ لَيْسَتْ وَاجِبَةً عَلَى الْمَالِكِ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ ذَبَحَهَا فَسُرِقَتْ، وَيَشْهَدُ لَهُ قَوْلُ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ الْمَرُّوذِيِّ وَغَيْرِهِ فِي رَجُلٍ اشْتَرَى لِقَوْمٍ نُسُكًا، فَاشْتَرَى لِكُلِّ وَاحِدٍ شَاةً، ثُمَّ لَمْ يَعْرِفْ هَذِهِ مِنْ هَذِهِ، قَالَ: يَتَرَاضَيَانِ وَيَتَحَالَّانِ، وَلَا بَأْسَ أَنْ يَأْخُذَ كُلُّ وَاحِدٍ شَاةً بَعْدَ التَّحْلِيلِ. فَدَلَّ عَلَى أَنَّ التَّفْرِيقَ إِذَا وَقَعَ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ وَلَا تَعَمُّدٍ أَنَّهُ يُجْزِئُ، وَلَوْلَا ذَلِكَ لَمْ تَجُزِ التَّضْحِيَةُ بِهَذِهِ الْأُضْحِيَّةِ الْمُشْتَبِهَةِ، وَقَدْ يَكُونُ عَنْ وَاجِبٍ فِي الذِّمَّةِ، وَيُحْمَلُ قَوْلُهُ: يَتَرَادَّانِ اللَّحْمَ مَعَ بَقَائِهِ.

الْقِسْمُ الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ الْوَاجِبُ أَدَاؤُهُ غَيْرَ مَمْلُوكٍ لَهُ، فَأَدَّاهُ الْغَيْرُ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ، فَإِنْ كَانَ مُسْتَحِقُّهُ مُعَيَّنًا فَإِنَّهُ يُجْزِئُ وَلَا ضَمَانَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُعَيَّنًا فَفِي الْإِجْزَاءِ خِلَافٌ.

وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: الْغُصُوبُ وَالْوَدَائِعُ إِذَا أَدَّاهَا أَجْنَبِيٌّ إِلَى الْمَالِكِ أَجْزَأَتْ، وَلَا ضَمَانَ.

وَمِنْهَا: إِذَا اصْطَادَ الْمُحْرِمُ صَيْدًا فِي إِحْرَامِهِ فَأَرْسَلَهُ غَيْرُهُ مِنْ يَدِهِ، فَلَا ضَمَانَ.

وَمِنْهَا: إِذَا دَفَعَ أَجْنَبِيٌّ عَيْنًا مُوصًى بِهَا إِلَى مُسْتَحِقٍّ مُعَيَّنٍ لَمْ يَضْمَنْ، وَوَقَعَتْ مَوْقِعَهَا، وَكَذَا لَوْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ بِمَالٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ، بَلْ مُقَدَّرٍ، وَإِنْ كَانَتْ لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ فَفِي الضَّمَانِ وَجْهَانِ.

وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ فِيمَنْ بِيَدِهِ وَدِيعَةٌ وَصَّى بِهَا لِمُعَيَّنٍ أَنَّ الْمُودَعَ يَدْفَعُهَا إِلَى الْمُوصَى لَهُ وَالْوَرَثَةِ، قِيلَ لَهُ: فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى الْمُوصَى لَهُ يَضْمَنُ؟ قَالَ: أَخَافُ. قِيلَ لَهُ: فَيُعْطِيهِ الْقَاضِيَ؟ قَالَ: لَا، وَلَكِنْ يَدْفَعُهُ إِلَيْهِمْ.

وَنَصَّ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا عَلَى ضَمَانِهِ بِالدَّفْعِ إِلَى الْمُوصَى، وَهَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ لَمْ تَثْبُتِ الْوَصِيَّةُ ظَاهِرًا، وَصَرَّحَ الْأَصْحَابُ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَوَصَّى بِهِ صَاحِبُهُ لِمُعَيَّنٍ كَانَ مُخَيَّرًا فِي دَفْعِهِ إِلَى الْوَرَثَةِ وَالْمُوصَى لَهُ؛ لِأَنَّهُ صَارَ حَقًّا لَهُ، فَهُوَ كَالْوَارِثِ الْمُعَيَّنِ، وَعَلَى هَذَا يَتَخَرَّجُ دَفْعُ مَالِ الْوَقْفِ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ الْمُعَيَّنِ مَعَ وُجُودِ النَّاظِرِ فِيهِ.








الْقَاعِدَةُ السَّابِعَةُ وَالتِّسْعُونَ



مَنْ بِيَدِهِ مَالٌ أَوْ فِي ذِمَّتِهِ دَيْنٌ يَعْرِفُ مَالِكَهُ، وَلَكِنَّهُ غَائِبٌ يُرْجَى قُدُومُهُ، فَلَيْسَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِدُونِ إِذْنِ الحَاكِمِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ تَافِهًا، فَلَهُ الصَّدَقَةُ بِهِ عَنْهُ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي مَوَاضِعَ، وَإِنْ كَانَ قَدْ أَيِسَ مِنْ قُدُومِهِ بِأَنْ مَضَتْ مُدَّةٌ يَجُوزُ فِيهَا أَنْ تُزَوَّجَ امْرَأَتُهُ وَيُقَسَّمَ مَالُهُ، وَلَيْسَ لَهُ وَارِثٌ، فَهَلْ يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي مَالِهِ بِدُونِ إِذْنِ الحَاكِمِ؟

قَدْ يَتَخَرَّجُ عَلَى وَجْهَيْنِ أَصْلُهُمَا الرِّوَايَتَانِ فِي امْرَأَةِ الْمَفْقُودِ، هَلْ تَتَزَوَّجُ بِدُونِ الحَاكِمِ أَمْ لَا؟

الْمَنْصُوصُ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ جَوَازُ التَّصَدُّقِ بِهِ، وَلَمْ يُعَيِّنْ حَاكِمًا. وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ مَالِكَهُ بَلْ جَهِلَ جَازَ التَّصَدُّقُ بِهِ عَنْهُ لِشَرْطِ الضَّمَانِ بِدُونِ إِذْنِ الحَاكِمِ، قَوْلًا وَاحِدًا عَلَى أَصَحِّ الطَّرِيقَيْنِ.

وَعَلَى الثَّانِيَةِ فِيهِ رِوَايَتَانِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي كِتَابِ الرِّوَايَتَيْنِ، وَفِي مَوْضِعٍ مِنَ الْمُجَرَّدِ، وَجَزَمَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ مِنْهُ بِتَوَقُّفِ التَّصَرُّفِ عَلَى إِذْنِ الحَاكِمِ، وَالْأُولَى أَصَحُّ.

وَيَتَخَرَّجُ عَلَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: اللُّقَطَةُ الَّتِي لَا تُمْلَكُ إِذَا أَخَّرْنَا الصَّدَقَةَ بِهَا، أَوِ الَّتِي يُخْشَى فَسَادُهَا إِذَا أَرَادَ التَّصَدُّقَ بِهَا، فَالْمَنْصُوصُ جَوَازُ الصَّدَقَةِ بِهَا مِنْ غَيْرِ حَاكِمٍ.

وَذَكَرَ أَبُو الخَطَّابِ رِوَايَةً أُخْرَى: أَنَّهُ إِنْ كَانَ يَسِيرًا بَاعَهُ وَتَصَدَّقَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا رَفَعَهُ إِلَى السُّلْطَانِ وَقَالَ: نَقَلَهَا مُهَنَّا، وَرِوَايَةُ مُهَنَّا إِنَّمَا هِيَ فِيمَنْ بَاعَ مِنْ رَجُلٍ شَيْئًا، ثُمَّ مَاتَ المُشْتَرِي قَبْلَ قَبْضِهِ وَخَشِيَ الْبَائِعُ فَسَادَهُ، وَهَذَا مِمَّا لَهُ مَالِكٌ مَعْرُوفٌ، وَيُمْكِنُ الاطِّلَاعُ عَلَى مَعْرِفَةِ وَرَثَتِهِ، فَلَيْسَتِ المَسْأَلَةَ، نَبَّهَ عَلَى ذَلِكَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَمِنْهَا: اللَّقِيطُ إِذَا وُجِدَ مَعَهُ مَالٌ، فَإِنَّهُ يُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْهُ بِدُونِ إِذْنِ حَاكِمٍ، ذَكَرَهُ ابْنُ حَامِدٍ، قَالَ أَبُو الخَطَّابِ: وَرَوَى عَنْهُ أَبُو الحَارِثِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُنْفَقُ عَلَيْهِ إِلَّا بِإِذْنِ حَاكِمٍ. قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ إِنَّمَا هِيَ فِي المُودَعِ أَنَّهُ لَا يُنْفِقُ عَلَى زَوْجَةِ المُسْتَوْدِعِ وَأَهْلِهِ فِي غَيْبَتِهِ إِلَّا بِإِذْنِ الحَاكِمِ، وَلَيْسَ هَذَا نَظِيرَ مَسْأَلَتِنَا؛ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ هُنَا عَلَى مَعْرُوفٍ، فَنَظِيرُهُ مَنْ وَجَدَ طِفْلًا مَعْرُوفَ النَّسَبِ أَبُوهُ غَائِبٌ.

وَمِنْهَا: الرُّهُونُ الَّتِي لَا يُعْرَفُ أَهْلُهَا، نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى جَوَازِ الصَّدَقَةِ بِهَا فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ وَأَبِي الحَارِثِ وَغَيْرِهِمَا، وَتَأَوَّلَهُ الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ عَلَى أَنَّهُ تَعَذَّرَ إِذْنُ الحَاكِمِ؛ لِمَا رَوَى عَنْهُ أَبُو طَالِبٍ أَيْضًا إِذَا كَانَ عِنْدَهُ رَهْنٌ وَصَاحِبُهُ غَائِبٌ وَخَافَ فَسَادَهُ يَأْتِي السُّلْطَانَ لِيَأْمُرَ بِبَيْعِهِ، وَلَا يَبِيعُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ السُّلْطَانِ.

وَأَنْكَرَ ذَلِكَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ وَغَيْرُهُ، وَأَقَرُّوا النُّصُوصَ عَلَى وُجُوهِهَا، فَإِنْ كَانَ المَالِكُ مَعْرُوفًا لَكِنَّهُ غَائِبٌ رَفَعَ أَمْرَهُ إِلَى السُّلْطَانِ، وَإِنْ جَهِلَ جَازَ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِدُونِ حَاكِمٍ، وَإِنْ عَلِمَ صَاحِبَهُ لَكِنَّهُ أَيِسَ مِنْهُ تَصَدَّقَ بِهِ عَنْهُ. نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ أَبِي الحَارِثِ.

وَمِنْهَا: الْوَدَائِعُ الَّتِي جُهِلَ مُلَّاكُهَا، يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهَا بِدُونِ حَاكِمٍ، نَصَّ عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ إِنْ فُقِدَ وَلَمْ يُطَّلَعْ عَلَى خَبَرِهِ، وَلَيْسَ لَهُ وَرَثَةٌ، يَتَصَدَّقُ بِهِ، نَصَّ عَلَيْهِ، وَلَمْ يَعْتَبِرْ حَاكِمًا. قَالَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ: فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُحْمَلَ عَلَى إِطْلَاقِهِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ فِعْلِ الْمَعْرُوفِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُحْمَلَ عِنْدَ تَعَذُّرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ؛ لِأَنَّ هَذَا الْمَالَ مَصْرِفُهُ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ، وَتَفْرِقَةُ مَالِ بَيْتِ الْمَالِ مَوْكُولَةٌ إِلَى اجْتِهَادِ الْإِمَامِ. انْتَهَى.

وَالصَّحِيحُ الْإِطْلَاقُ، وَبَيْتُ الْمَالِ لَيْسَ بِوَارِثٍ عَلَى الْمَذْهَبِ الْمَشْهُورِ، وَإِنَّمَا يُحْفَظُ فِيهِ الْمَالُ الضَّائِعُ، فَإِذَا أَيِسَ مِنْ وُجُودِ صَاحِبِهِ فَلَا مَعْنَى لِلْحِفْظِ، وَمَقْصُودُ الصَّرْفِ فِي مَصْلَحَةِ الْمَالِكِ تَحْصُلُ بِالصَّدَقَةِ بِهِ عَنْهُ، وَهُوَ أَوْلَى مِنَ الصَّرْفِ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا صَرَفَ عِنْدَ فَسَادِ بَيْتِ الْمَالِ إِلَى غَيْرِ مَصْرِفِهِ.

وَأَيْضًا فَالْفُقَرَاءُ مُسْتَحِقُّونَ مِنْ مَالِ بَيْتِ الْمَالِ، فَإِذَا وَصَلَ لَهُمْ هَذَا الْمَالُ عَلَى غَيْرِ يَدِ الْإِمَامِ فَقَدْ حَصَلَ الْمَقْصُودُ، وَلِهَذَا قُلْنَا عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ: إِذَا فَرَّقَ الْأَجْنَبِيُّ الْوَصِيَّةَ، وَكَانَتْ لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ كَالْفُقَرَاءِ فَإِنَّهَا تَقَعُ الْمَوْقِعَ، وَلَا يَضْمَنُ كَمَا لَوْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ لِمُعَيَّنٍ.

وَعَلَى هَذَا الْأَصْلِ يَتَخَرَّجُ جَوَازُ أَخْذِ الْفُقَرَاءِ الصَّدَقَةَ مِنْ يَدِ مَنْ مَالُهُ حَرَامٌ؛ كَقُطَّاعِ الطَّرِيقِ، وَأَفْتَى الْقَاضِي بِجَوَازِهِ، وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ فِيمَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ وَدَائِعُ فَوَكَّلَ فِي دَفْعِهَا، ثُمَّ مَاتَ وَجُهِلَ رَبُّهَا وَأُيِسَ مِنَ الِاطِّلَاعِ عَلَيْهِ: يَتَصَدَّقُ بِهَا عَنْهُ الْوَكِيلُ وَوَرَثَةُ الْمُوَكِّلِ فِي الْبَلَدِ الَّذِي كَانَ صَاحِبُهَا فِيهِ حَيْثُ يَرَوْنَ أَنَّهُ كَانَ، وَهُمْ ضَامِنُونَ إِذَا ظَهَرَ لَهُ وَارِثٌ. وَاعْتِبَارُ الصَّدَقَةِ فِي مَوْضِعِ الْمَالِكِ مَعَ الْجَهْلِ بِهِ، وَقَدْ نَصَّ عَلَى مِثْلِهِ فِي الْغَصْبِ وَفِي مَالِ الشُّبْهَةِ، وَاحْتَجَّ بِأَنَّ

عُمَرَ جَعَلَ الدِّيَةَ عَلَى أَهْلِ الْقَرْيَةِ يَعْنِي إذَا جُهِلَ الْقَاتِلُ، وَوَجْهُ الحُجَّةِ مِنْهُ أَنَّ الْغُرْمَ لَـمَّا اخْتَصَّ بِأَهْلِ المَكَانِ الَّذِي فِيهِ الجَانِي؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الجَانِيَ أَوْ عَاقِلَتَهُ الْمُخْتَصِّينَ بِالْغُرْمِ لَا يَخْلُو المَكَانُ مِنْهُمْ، فَكَذَلِكَ الصَّدَقَةُ بِالمَالِ المَجْهُولِ مَالِكُهُ يَنْبَغِي أَنْ يَخْتَصَّ بِأَهْلِ مَكَانِهِ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى وُصُولِ المَالِ إِلَيْهِ إِنْ كَانَ مَوْجُودًا، أَوْ إِلَى وَرَثَتِهِ، وَيُرَاعَى فِي ذَلِكَ الْفُقَرَاءُ؛ لِأَنَّهَا صَدَقَةٌ، كَمَا يُرَاعَى فِي مَوْضِعِ الدِّيَةِ الْغَنِيُّ.

وَمِنْهَا: الْغُصُوبُ الَّتِي جُهِلَ رَبُّهَا، فَيَتَصَدَّقُ بِهَا أَيْضًا، وَقَدْ نَصَّ عَلَى ذَلِكَ فِي رِوَايَةِ جَمَاعَةٍ، وَلَمْ يَذْكُرْ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ فِيهِ خِلَافًا، وَطَرَدَ الْقَاضِي فِي كِتَابِ الرِّوَايَتَيْنِ فِيهِ الخِلَافَ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ مُسْتَحَقٌّ لِبَيْتِ المَالِ، وَكَذَلِكَ حُكْمُ المَسْرُوقِ وَنَحْوِهِ، نَصَّ عَلَيْهِ. وَلَوْ مَاتَ المَالِكُ وَلَا وَارِثَ لَهُ يُعْلَمُ فَكَذَلِكَ يُتَصَدَّقُ بِهِ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ أَيْضًا.

تَنْبِيهَانِ:

أَحَدُهُمَا: الدُّيُونُ المُسْتَحَقَّةُ كَالْأَعْيَانِ يُتَصَدَّقُ بِهَا عَنْ مُسْتَحِقِّهَا، نَصَّ عَلَيْهِ، وَمَعَ أَنَّهُ نَصَّ عَلَى أَنَّ مَنْ قَالَ لِغَرِيمِهِ: تَصَدَّقْ عَنِّي بِالدَّيْنِ الَّذِي لِي عَلَيْكَ، لَمْ يَبْرَأْ بِالصَّدَقَةِ عَنْهُ، وَلَوْ وَكَّلَهُ فِي قَبْضِهِ مِنْ نَفْسِهِ، حَيْثُ لَمْ يَتَعَيَّنِ المَدْفُوعُ مِلْكًا لَهُ، فَإِنَّ الدَّيْنَ لَا يَتَعَيَّنُ مِلْكُهُ فِيهِ بِدُونِ قَبْضِهِ أَوْ قَبْضِ وَكِيلِهِ.

وَفَرَّقَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ المَأْمُورُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ مُعَيَّنًا أَوْ غَيْرَ مُعَيَّنٍ، فَإِنْ كَانَ مُعَيَّنًا بَرِئَ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ كَالْوَكِيلِ، وَخَرَّجَ فِي المُجَرَّدِ المَسْأَلَةَ عَلَى بَيْعِ الْوَكِيلِ مِنْ نَفْسِهِ، نَظَرًا إِلَى أَنَّ الْعِلَّةَ هِيَ الْقَبْضُ مِنْ نَفْسِهِ، حَيْثُ وَكَّلَهُ المَالِكُ فِي التَّعْيِينِ

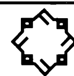
وَالْقَبْضِ، وَقَدْ أَطْلَقَ هَاهُنَا جَوَازَ الصَّدَقَةِ بِهِ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ هَذَا رِوَايَةً ثَانِيَةً بِالجَوَازِ مُطْلَقًا، أَوْ مَحْمُولًا عَلَى حَالَةِ تَعذُّرِ وُجُودِ المَالِكِ أَوْ وَكِيلِهِ، وَهُوَ الْأَقْرَبُ، وَكَذَلِكَ نَصَّ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ فِيمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لِرَجُلٍ قَدْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ لِلنَّاسِ، فَقَضَى عَنْهُ دِينَهُ بِالدَّيْنِ الَّذِي عَلَيْهِ، أَنَّهُ يَبْرَأُ بِهِ فِي الْبَاطِنِ.

وَالثَّانِي: إذَا أَرَادَ مَنْ بِيَدِهِ عَيْنٌ جُهِلَ رَبُّهَا أَنْ يَتَمَلَّكَهَا وَيَتَصَدَّقَ بِقِيمَتِهَا عَنْ مَالِكِهَا، فَنَقَلَ صَالِحٌ عَنْ أَبِيهِ الجَوَازَ فِيمَنِ اشْتَرَى آجُرًّا وَعَلِمَ أَنَّ الْبَائِعَ بَاعَ مَا لَا يَمْلِكُ وَلَا يَعْرِفُ لَهُ أَرْبَابًا: أَرْجُو إنْ أَخْرَجَ قِيمَةَ الْآجُرِّ فَتَصَدَّقَ بِهِ أَنْ يَنْجُوَ مِنْ إثْمِهِ.

وَقَدْ يَتَخَرَّجُ فِيهِ الخِلَافُ مِنْ جَوَازِ شِرَاءِ التَّوْكِيلِ مِنْ نَفْسِهِ، وَيَشْهَدُ لَهُ اخْتِلَافُ الرِّوَايَةِ عَنْهُ فِيمَنْ لَهُ دَيْنٌ وَعِنْدَهُ رَهْنٌ، وَانْقَطَعَ خَبَرُ صَاحِبِهِ وَبَاعَهُ، هَلْ لَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ دَيْنَهُ مِنْهُ وَيَتَصَدَّقَ بِالْفَاضِلِ، أَمْ يَتَصَدَّقُ بِهِ كُلِّهِ؟

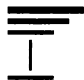
عَلَى رِوَايَتَيْنِ؛ لِأَنَّ فِيهِ اسْتِيفَاءً لِلْحَقِّ بِنَفْسِهِ مِنْ تَحْتِ يَدِهِ، وَاخْتَارَ ابْنُ عَقِيلٍ جَوَازَهُ مُطْلَقًا، وَخَرَّجَهُ مِنْ بَيْعِ الْوَكِيلِ مِنْ نَفْسِهِ وَمِنْ مَوَاضِعَ أُخَرَ.

⌘ ⌑ ⌘





الْقَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ وَالتِّسْعُونَ




مَنِ ادَّعَى شَيْئًا وَوَصَفَهُ دُفِعَ إِلَيْهِ بِالصِّفَةِ إِذَا جُهِلَ رَبُّهُ وَلَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ يَدٌ مِنْ جِهَةِ مَالِكِهِ، وَإِلَّا فَلَا.

وَيَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: اللُّقَطَةُ، يَجِبُ دَفْعُهَا إِلَى وَاصِفِهَا، نَصَّ عَلَيْهِ، وَإِنْ وَصَفَهَا اثْنَانِ فَهِيَ لَهُمَا، وَقِيلَ: يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا، وَإِنِ اسْتَقْصَى أَحَدُهُمَا الصِّفَاتِ وَاقْتَصَرَ الْآخَرُ عَلَى الْقَدْرِ الَّذِي يُجْزِئُ الدَّفْعَ؛ فَوَجْهَانِ يُخَرَّجَانِ مِنَ التَّرْجِيحِ بِالنِّسَاجِ وَالنِّتَاجِ، ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي مُفْرَدَاتِهِ.

وَمِنْهَا: الْأَمْوَالُ الْمَغْصُوبَةُ وَالْمَنْهُوبَةُ وَالْمَسْرُوقَةُ؛ كَالْمَوْجُودَةِ مَعَ اللُّصُوصِ وَقُطَّاعِ الطَّرِيقِ وَنَحْوِهِمْ، يُكْتَفَى فِيهَا بِالصِّفَةِ.

وَمِنْهَا: تَدَاعِي الْمُؤَجِّرِ وَالْمُسْتَأْجِرِ دَفْنًا فِي الدَّارِ، فَهُوَ لِوَاصِفِهِ مِنْهُمَا، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْفَضْلِ بْنِ زِيَادٍ.

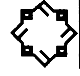
وَمِنْهَا: اللَّقِيطُ إِذَا تَنَازَعَ اثْنَانِ أَيُّهُمَا الْتَقَطَهُ، وَلَيْسَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا، فَمَنْ وَصَفَهُ مِنْهُمَا فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَجَدَ مَالَهُ فِي الْغَنِيمَةِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّهُ بِالْوَصْفِ وَنَحْوِهِ، مِمَّا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَهُ، وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ، وَسُئِلَ: أَتَزِيدُ عَلَى

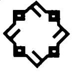
ذَلِكَ بَيِّنَةً؟ قَالَ: لَا بُدَّ مِنْ بَيَانٍ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَهُ، وَإِنْ عَلِمَ ذَلِكَ دَفَعَهُ إِلَيْهِ الْأَمِيرُ. انْتَهَى.

وَقَدْ قَضَى سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي هَذَا بِالْعَلَامَةِ الْمَحْضَةِ.





الْقَاعِدَةُ التَّاسِعَةُ وَالتِّسْعُونَ





مَا تَدْعُو الحَاجَةُ إِلَى الِانْتِفَاعِ بِهِ مِنَ الْأَعْيَانِ وَلَا ضَرَرَ فِي بَذْلِهِ لِتَيْسِيرِهِ وَكَثْرَةِ وُجُودِهِ أَوِ المَنَافِعُ المُحْتَاجُ إِلَيْهَا، يَجِبُ بَذْلُهُ مَجَّانًا بِغَيْرِ عِوَضٍ فِي الْأَظْهَرِ، وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: الْهِرُّ، لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ عَلَى أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ، وَثَبَتَ فِي صَحِيحِ مُسْلِمٍ النَّهْيُ عَنْهُ. وَمَأْخَذُ المَنْعِ مَا ذَكَرْنَا.

وَمِنْهَا: المَاءُ الجَارِي وَالْكَلَأُ، يَجِبُ بَذْلُ الْفَاضِلِ مِنْهُ لِلْمُحْتَاجِ إِلَى الشُّرْبِ وَإِسْقَاءِ بَهَائِمِهِ، وَكَذَلِكَ زُرُوعُهُ عَلَى الصَّحِيحِ أَيْضًا، وَسَوَاءٌ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ مَنْ هُوَ فِي أَرْضِهِ أَمْ لَا، وَالصَّحِيحُ أَنَّ مَأْخَذَ المَنْعِ مِنْ بَيْعِهِ مَا ذَكَرْنَا، لَا أَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ بِمِلْكِ الْأَرْضِ، فَإِنَّ النُّصُوصَ مُتَكَاثِرَةٌ عَنْ أَحْمَدَ بِمِلْكِ المُبَاحَاتِ النَّابِتَةِ فِي الْأَرْضِ، وَيَشْهَدُ لَهُ أَيْضًا مَا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِي اللَّقَاطِ: لَا أَرَى لِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَنْ يَمْنَعَهُ، النَّاسُ فِيهِ سَوَاءٌ، مَعَ أَنَّهُ مَمْلُوكٌ لَهُ بِلَا إِشْكَالٍ، وَلَا يُقَالُ: زَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ بِمَصِيرِهِ مَنْبُوذًا مَرْغُوبًا عَنْهُ؛ لِأَنَّ المَنْعَ وَالْبَيْعَ يُنَافِي ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: وَضْعُ الخَشَبِ عَلَى جِدَارِ الجَارِ إِذَا لَمْ يَضُرَّ، وَكَذَلِكَ إِجْرَاءُ المَالِ عَلَى أَرْضِهِ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: إِعَارَةُ الحُلِيِّ، ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ وَجَمَاعَةٍ مِنَ الْأَصْحَابِ وُجُوبُهُ، وَصَرَّحَ بِهِ بَعْضُ المُتَأَخِّرِينَ.

وَاخْتَارَ بَعْضُهُمْ وُجُوبَ بَذْلِ المَاعُونِ، وَهُوَ مَا خَفَّ قَدْرُهُ وَسَهُلَ؛ كَالدَّلْوِ وَالْفَأْسِ وَالْقِدْرِ وَالْمُنْخُلِ، وَإِعَارَةِ الْفَحْلِ لِلضِّرَابِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الحَارِثِيِّ، وَإِلَيْهِ مَيْلُ الشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ.

وَمِنْهَا: المُصْحَفُ تَجِبُ عَلَيْهِ إِعَارَتُهُ لِمَنِ احْتَاجَ إِلَى الْقِرَاءَةِ فِيهِ وَلَمْ يَجِدْ مُصْحَفًا غَيْرَهُ، نَقَلَهُ الْقَاضِي فِي الجَامِعِ الْكَبِيرِ، وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي كَلَامٍ مُفْرَدٍ لَهُ أَنَّ الْأَصْحَابَ عَلَّلُوا قَوْلَهُمْ: لَا يُقْطَعُ لِسَرِقَةِ المُصْحَفِ؛ لِأَنَّ لَهُ فِيهِ حَقَّ النَّظَرِ لِاسْتِخْرَاجِ أَحْكَامِ الشَّرْعِ إِذَا خَفِيَتْ عَلَيْهِ، وَعَلَى صَاحِبِهِ بَذْلُهُ كَذَلِكَ، قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: وَهَذَا تَعْلِيلٌ يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ بَيْنَ سَرِقَتِهِ وَسَرِقَةِ كُتُبِ السُّنَنِ، فَإِنَّهَا مُضَمَّنَةٌ مِنَ الْأَحْكَامِ أَمْثَالُ ذَلِكَ، وَالحَاجَةُ دَاعِيَةٌ إِلَيْهَا، وَبَذْلُهَا مِنَ المَحَاوِيجِ إِلَيْهَا مِنَ الْقُضَاةِ وَالحُكَّامِ وَأَهْلِ الْفَتَاوَى وَاجِبٌ عَلَى مَالِكِهَا. انْتَهَى.

وَمِنْهَا: ضِيَافَةُ المُجْتَازِينَ، والمَذْهَبُ وُجُوبُهَا، وَأَمَّا إِطْعَامُ المُضْطَرِّينَ فَوَاجِبٌ لَكِنْ لَا يَجِبُ بَذْلُهُ مَجَّانًا، بَلْ بِالْعِوَضِ.

وَأَمَّا المَنَافِعُ المُضْطَرُّ إِلَيْهَا؛ كَمَنْفَعَةِ الظَّهْرِ لِلْمُنْقَطِعِينَ فِي الْأَسْفَارِ، وَإِعَارَةِ مَا يُضْطَرُّ إِلَيْهِ، فَفِي وُجُوبِ بَذْلِهَا مَجَّانًا وَجْهَانِ، وَاخْتِيَارُ الشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ أَنَّ المُضْطَرَّ إِلَى الطَّعَامِ إِنْ كَانَ فَقِيرًا وَجَبَ بَذْلُهُ لَهُ مَجَّانًا؛ لِأَنَّ إِطْعَامَهُ فَرْضُ كِفَايَةٍ لَا يَجُوزُ أَخْذُ الْعِوَضِ عَنْهُ، بِخِلَافِ الْغَنِيِّ؛ فَإِنَّ الْوَاجِبَ مُعَاوَضَتُهُ فَقَطْ، وَهَذَا حَسَنٌ.

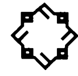
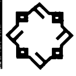
وَحَكَى الْآمِدِيُّ رِوَايَةً أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ المُضْطَرُّ الطَّعَامَ الَّذِي أَخَذَهُ مِنْ صَاحِبِهِ قَهْرًا لِمَنْعِهِ إِيَّاهُ.

وَمِنْهَا: رِبَاعُ مَكَّـةَ، لَا يَجُـوزُ بَيْعُهَا وَلَا إِجَارَتُهَا عَلَى الْمَذْهَبِ الْمَنْصُوصِ، وَاخْتُلِفَ فِي مَأْخَذِهِ؛ فَقِيلَ: لِأَنَّ مَكَّةَ فُتِحَتْ عَنْوَةً، فَصَارَتْ وَقْفًا أَوْ فَيْئًا، فَلَا مِلْكَ فِيهَا لِأَحَدٍ، وَعَلَى هَذَا فَيَنْبَنِي الْخِلَافُ فِي الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ عَلَى الْخِلَافِ فِي فَتْحِهَا عَنْوَةً أَوْ صُلْحًا، وَقِيلَ: بَلْ لِأَنَّ الْحَرَمَ حَرِيمُ الْبَيْتِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، وَقَدْ جَعَلَهُ اللهُ لِلنَّاسِ سَوَاءً الْعَاكِفُ فِيهِ وَالْبَادِ، فَلَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ التَّخْصِيصُ بِمِلْكِهِ وَتَحْجِيرِه، بَلِ الْوَاجِبُ أَنْ يَكُونَ النَّاسُ فِيهِ شَرْعًا وَاحِدًا؛ لِعُمُومِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ، فَمَنِ احْتَاجَ إِلَى مَا بِيَدِهِ مِنْهُ سَكَنَهُ، وَإِنِ اسْتَغْنَى عَنْهُ وَجَبَ بَذْلُ فَاضِلِهِ لِلْمُحْتَاجِ إِلَيْهِ.

وَهُوَ مَسْلَكُ ابْنِ عَقِيلٍ فِي نَظَرِيَّاتِهِ، وَسَلَكَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ أَيْضًا، وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ، وَتَرَدَّدَ كَلَامُهُ فِي جَوَازِ الْبَيْعِ؛ فَأَجَازَهُ مَرَّةً كَبَيْعِ أَرْضِ الْعَنْوَةِ عِنْدَهُ، وَيَكُونُ نَقْلًا لِلْيَدِ بِعِوَضٍ، وَمَنَعَهُ فِي أُخْرَى؛ إِذِ الْأَرْضُ وَأَنْقَاضُ الْبِنَاءِ مِنَ الْحَرَمِ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لِلْبَانِي، وَإِنَّمَا لَهُ التَّأْلِيفُ، وَقَدْ رَجَّحَ بِهِ بِتَقْدِيمِهِ فِي الِانْتِفَاعِ؛ كَمَنْ بَنَى فِي أَرْضٍ مُسَبَّلَةٍ لِلسُّكْنَى بِنَاءً مِنْ تُرَابِهَا وَأَحْجَارِهَا، وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ الْبَيْعِ دُونَ الْإِجَارَةِ، وَتَأَوَّلَهُ الْقَاضِي.

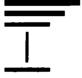
وَعَلَى هَذَا الْمَأْخَذِ فَقَدْ يَخْتَصُّ الْبَيْعُ بِالْقَوْلِ بِفَتْحِهَا عَنْوَةً لِمَصِيرِ الْأَرْضِ فَيْئًا، وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ عَلَى أَنَّ عِلَّةَ الْكَرَاهَةِ أَنَّهَا فُتِحَتْ عَنْوَةً، فَصَارَ الْمُسْلِمُونَ فِيهَا شِرْكًا وَاحِدًا. قَالَ: وَعُمَرُ إِنَّمَا تَرَكَ السَّوَادَ لِذَلِكَ. قَالَ: وَلَا يُعْجِبُنِي مَنَازِلُ السَّوَادِ وَلَا أَرْضُهُمْ، وَهَذَا نَصٌّ بِكَرَاهَةِ الْمَنْعِ فِي سَائِرِ أَرَاضِي الْعَنْوَةِ، وَبِكُلِّ حَالٍ فَلَا يَجِبُ الْإِسْكَانُ فِي دُورِ مَكَّةَ إِلَّا فِي الْفَاضِلِ عَنْ حَاجَةِ السَّاكِنِ، نَصَّ عَلَيْهِ.

⁂



الْقَاعِدَةُ المِائَةُ





الْوَاجِبُ بِالنَّذْرِ هَلْ يَلْحَقُ الْوَاجِبَ بِالشُّرُوعِ أَوْ بِالمَنْدُوبِ؟

فِيهِ خِلَافٌ يَتَنَزَّلُ عَلَيْهِ مَسَائِلُ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: الْأَكْلُ مِنْ أُضْحِيَّةِ النَّذْرِ، وَفِيهِ وَجْهَانِ، اخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ الجَوَازَ.

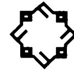
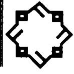
وَمِنْهَا: فِعْلُ الصَّلَاةِ المَنْذُورَةِ فِي وَقْتِ النَّهْيِ، وَفِيهِ وَجْهَانِ أَشْهَرُهُمَا الجَوَازُ.

وَمِنْهَا: نَذْرُ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ وَالصَّلَاةُ فِي وَقْتِ النَّهْيِ، وَفِيهِ وَجْهَانِ أَيْضًا، وَاخْتَارَ ابْنُ عَقِيلٍ أَنَّهُ كَنَذْرِ المَعْصِيَةِ؛ لِأَنَّ المُلْزِمَ بِالنَّذْرِ هُوَ التَّطَوُّعُ المُطْلَقُ.

وَمِنْهَا: لَوْ نَذَرَ صَلَاةً فَهَلْ يُجْزِئُهُ رَكْعَةٌ أَمْ لَا بُدَّ مِنْ رَكْعَتَيْنِ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ نَذَرَ عِتْقَ رَقَبَةٍ لَمْ يُجْزِئْهُ إِلَّا سَلِيمَةٌ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي حَمْلًا لَهُ عَلَى وَاجِبِ الشَّرْعِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْزِئَهُ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الِاسْمُ؛ كَالْوَصِيَّةِ؛ فَإِنَّ الْقَاضِيَ سَلَّمَهَا، مَعَ أَنَّ المَنْصُوصَ عَنْ أَحْمَدَ فِيمَنْ وَصَّى بِعِتْقِ رَقَبَةٍ لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ إِلَّا سَلِيمَةٌ.



الْقَاعِدَةُ الحَادِيَةُ بَعْدَ المِائَةِ



مَنْ خُيِّرَ بَيْنَ شَيْئَيْنِ وَأَمْكَنَهُ الْإِتْيَانُ بِنِصْفَيْهِمَا مَعًا، فَهَلْ يُجْزِئُهُ أَمْ لَا؟

فِيهِ خِلَافٌ يَتَنَزَّلُ عَلَيْهِ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: لَوْ أَعْتَقَ فِي الْكَفَّارَةِ نِصْفَيْ رَقَبَتَيْنِ، وَفِيهَا وَجْهَانِ، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ بَاقِيهِمَا حُرًّا أَجْزَأَ وَجْهًا وَاحِدًا لِتَكْمِيلِ الحُرِّيَّةِ، وَخَرَّجُوا عَلَى الْوَجْهَيْنِ لَوْ أَخْرَجَ فِي الزَّكَاةِ نِصْفَيْ شَاتَيْنِ، وَزَادَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ: لَوْ أَهْدَى نِصْفَيْ شَاتَيْنِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ إِذِ المَقْصُودُ مِنَ الْهَدْيِ اللَّحْمُ، وَلِهَذَا أَجْزَأَ فِيهِ شِقْصٌ مِنْ بَدَنَةٍ. وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى الْإِجْزَاءِ هَاهُنَا[١].

---

[١] هذه مسائلُ: مَن خُيِّرَ بينَ شيئينِ وأَمْكَنَهُ الإتيانُ بِنِصْفَيْهِما معًا، فهل يُجْزِئُهُ أَمْ لا، فيه خِلاف، فمثلًا شخصٌ وَجَبَ عليه شيءٌ، لكنَّه مُخَيَّرٌ فيه، فإذا أَتَى بِنِصْفَيْ هذا الشَّيءِ من عَيْنَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ، هل يُجْزِئُه أم لا؟

ومن هذه المَسائلِ: إنسانٌ يجبُ عليه أنْ يُعْتِقَ رَقَبَةً في كَفَّارةٍ، مثل كَفَّارة الظِّهار، لو أعتقَ بالكَفَّارة نِصْفَيْ رَقبتينِ، كأنِ اشتَرَى نصفَ هذا العَبْدِ فأعتقه واشترى نِصْفَ العَبْدِ الثَّاني فأعتقهُ، فهل يُجْزِئُ؟

يقول المؤلِّفُ: في ذلك وَجهانِ -والفرقُ بينَ الوجهينِ والرِّوايتينِ أنَّ الوجهينِ عنِ الأصحابِ، والرِّوايتينِ عنِ الإمامِ أحمدَ- يقـول: فيه وجهانِ، وفيه قـولٌ ثالثٌ

وهو التَّفصيلُ: أنه إنْ كَمُلَتِ الحُرِّيَّة فيهما أَجْزأ وإلَّا فلَا، كأنْ يكونَ النصف الَّذِي اشْتَرَيْتُهُ أنا كَانَ فيه الرَّقيق مُبَعَّضًا، أيْ قدْ أُعتِقَ نِصْفُه مِن قَبلُ وبَقِيَ نِصفُه، فَاشْتريتُهُ فأعتقتُهُ.

والثَّاني أيضًا كَذلكَ قدْ أُعتِقَ نِصْفُه فاشتريتُ نِصْفه الباقِيَ وأعتقتُه، فهذا فيه فائدةٌ، وهو تَكميلُ الحرِّيَّة في العَبْدينِ، أما إذا لم تكن الحرية فليس فيه فائدة، وهذا القولُ قريبٌ جِدًّا، أمَّا القولُ بالتَّشقيصِ بدونِ تكميلِ الحرِّيَّة فهو ضعيفٌ جِدًّا.

فيكون عندنا الآن ثلاثةُ آراءٍ: الإجزاءُ مُطلَقًا، والثَّاني عَدَمُه مُطلقًا، والثالثُ التَّفصيلُ.

المثال الثَّاني: «**لَوْ أَخْرَجَ فِي الزَّكَاةِ نِصْفَيْ شَاتَيْنِ**»، يقول: لو أخرجت الزَّكاة نِصْفَي شاتينِ، كيف؟ الزَّكاة فيها شاةٌ، مثل خَمْس منَ الإِبِلِ فيها شاةٌ، أربعونَ مِنَ الغَنَمِ فيها شاةٌ، هو أخرجَ نصفيْ شاتينِ، يقول المؤلِّف: إنَّها تُجْزِئُ، ولكن في النَّفس من هذا شيءٌ؛ لأنه إذا أخرجَ شاةً كاملةً حَصَلَ الفقيرُ على شاةٍ ليس فيها تَشْقِيصٌ، وهو حرٌّ فيها، يبيع ويشتري ويَهَبُ ويَتَصَدَّق، أمَّا إذا أُعطِيَ نِصْفَيْ شاتينِ فإنه يكون مُرتبطًا بشريكِه، وربَّما تأذَّى هذا الشَّريك، فالصَّحِيحُ أنْ ذلك لا يُجْزِئ.

ومَثَلُه أيضًا «**لوْ أَهْدَى نِصْفَيْ شاتينِ**»، هذا لا بأسَ به؛ لأنه إذا أَهدى نِصْفَيْ شاتينِ سوفَ يذبحُ الشَّاتينِ، ويَتَصَدَّق باللَّحم، والمؤلِّف يقول: إنَّ المقصودَ هو اللَّحْمُ، ولهذا أجزأَ فيه شِقْصٌ من بَدَنَة، ورُوِيَ عن أحمدَ ما يدلُّ على الإِجزاءِ، فالمقصودُ منَ الإهداءِ هو مَنْفَعَةُ مَساكين الحَرَم باللَّحم، فإذا أُهْدِيَ لهم نِصْفَا شاتينِ فلا بأسَ، تُذْبَح الشَّاتانِ وتُوَزَّعَانِ أَنْصَافًا.

وَمِنْهَا: لَوْ أَخْرَجَ فِي الْفِطْرَةِ صَاعًا مِنْ جِنْسَيْنِ، وَالْمَذْهَبُ الْإِجْزَاءُ، وَيَتَخَرَّجُ فِيهِ وَجْهٌ[١].

وَمِنْهَا: لَوْ كَفَّرَ فِي مَحْظُورَاتِ الْإِحْرَامِ بِصِيَامِ يَوْمٍ وَإِطْعَامِ أَرْبَعَةِ مَسَاكِينَ، فَالْأَظْهَرُ مَنْعُهُ[٢].

وَفِي أَحْكَامِ الْقُرْآنِ لِلْقَاضِي يَحْتَمِلُ الْجَوَازَ؛ لِأَنَّهَا عَلَى التَّخْيِيرِ، بِخِلَافِ كَفَّارَةِ الْيَمِينِ. وَعَلَى قِيَاسِ هَذَا لَوْ أَعْتَقَ فِي كَفَّارَةِ الْيَمِينِ ثُلُثَ رَقَبَةٍ وَأَطْعَمَ أَرْبَعَةَ مَسَاكِينَ، وَكَسَا أَرْبَعَةً، أَنَّهُ يُجْزِئُهُ، وَفِيهِ بُعْدٌ[٣].

---

[١] صاع من جنسينِ أي نصف صاع مِن بُرٍّ ونصف صاعٍ من أَرُزٍّ، الجميعُ صاعٌ، لكن من جنسينِ، فهل يُجْزِئُ أو لا؟

فيه وجهانِ، المَذْهَبُ هو الإجزاءُ؛ لأنَّه أخرجَ صاعًا من طعام، لكن الأفضل بلَا شَكّ ألَّا يَفْعَلَ؛ لأنَّ الكلامَ هنا في الإِجْزَاءِ، لا في الأفضليَّة، فالأفضلُ ألَّا يَفعلَ، أي الأفضل أنْ يُخرِجَ صاعًا مِن بُرٍّ أو صاعًا من أَرُزٍّ.

[٢] قوله: «فِي مَحْظُورَاتِ الْإِحْرَامِ» ليستْ جميعًا في المَحْظُورات هكذا، وإنما ذلك في فِدْيَة الأذَى، كما قال تعالى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِّن رَّأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة: ١٩٦]، الصِّيَام ثلاثة أَيَّام، والإطعام إطعام سِتَّة مَسَاكِينَ، فإذا صام يومًا فإنه يُقابِلُ إطعامَ مِسْكِينَيْنِ، فهذا رجلٌ صام يومًا وأطعمَ أربعةَ مساكينَ، أو صام يومينِ وأطعمَ مسكينينِ، فهل يُجْزِئُ أو لا؟ يقول: الأظهر مَنعُه.

[٣] هذا صحيحٌ ولَا شَكّ، والأظهرَ مَنْعُه، وذلك لِلتَّبَايُن بين الإطعامِ وبينَ الصِّيَام، بخلاف الَّذِي أَخرجَ نِصْفَ صاعٍ مِن بُرٍّ ونصفَ صاعِ أَرُزٍّ في صَدَقَةِ الفِطْرِ؛

وَمِنْهَا: لَوْ أَخْرَجَ عَنْ أَرْبَعِمِائَةٍ مِنَ الْإِبِلِ أَرْبَعَ حِقَاقٍ وَخَمْسَ بَنَاتِ لَبُونٍ، أَجْزَأَ بِغَيْرِ خِلَافٍ عِنْدَنَا؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ بِمُقْتَضَى قَوْلِهِ: «فِي كُلِّ أَرْبَعِينَ بِنْتُ لَبُونٍ، وَفِي كُلِّ خَمْسِينَ حِقَّةٌ»(١)، وَلِأَنَّ هَذِهِ وَاجِبَاتٌ مُتَعَدِّدَةٌ، فَهِيَ كَكَفَّارَاتٍ مُتَعَدِّدَةٍ، فَإِنْ أَخْرَجَ بِتَشْقِيصٍ كَمَا لَوْ أَخْرَجَ عَنْ مِائَتَيْنِ حِقَّتَيْنِ وَبِنْتَيْ لَبُونٍ وَنِصْفًا، فَهُوَ كَإِخْرَاجِ نِصْفَيْ شَاتَيْنِ عَلَى مَا سَبَقَ[١].

لأنَّ القصدَ فيهما واحدٌ، وهو الإطعامُ، وقد حصلَ، أمَّا الصِّيام والإطعام فنوعانِ مُتَبَايِنَانِ، لا يُمكِن أنْ يَجْتَمِعَا في آنٍ واحدٍ.

[١] الظَّاهر هنا عدم الإجزاء؛ لأنَّ التَّشقيصَ فيه مَضَرَّة، وهي المشاركةُ، ومنَ المعلومِ أنَّ كُلَّ إنسانٍ يَنْفَرِدُ بمِلْكِهِ، فهو أحبُّ إليه منْ أنْ يُشاركَهُ أحدٌ، عنده أربع مِئَةٍ يقول: أَخْرِج عنها أربعَ حِقاقٍ وخمسَ بناتِ لَبُونٍ، أربع حِقَاق بمائتينِ؛ لأنَّ في كُلِّ خمسينَ حِقَّةٌ، وخمس بنات لبون بمائتينِ؛ لأنَّ في كُلِّ أربعينَ بنتُ لَبونٍ.

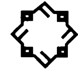
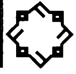
الخُلاصة الآن أنّ مَن خُيِّرَ بين شيئينِ وأمكنهُ الإتيانُ بنصفيهما معًا فهل يُجزِئ أو لا؟ على خلافٍ في هذه المسألةِ، ولَا شَكَّ أنَّ الأفضلَ أنْ يجعلَ كُلّ جنسٍ على حِدةٍ، وألَّا يوزعَ.

أولًا: لأنَّ هذا ما جاءتْ به النُّصوص.

وثانيًا: لأنَّه قد يكونُ للشَّارعِ نظرٌ في هذا المِقدارِ المُعَيَّن من هذا النَّوعِ المُعَيَّن، وفيما ذكر منَ المسائلِ بعضُها قريب، كإخراج نصفِ صاعٍ مِنَ البُرِّ ونصفِ صاعٍ من الأَرُزِّ مِنَ الفِطْرَة، وبعضها بعيدٌ كإطعامِ أربعةِ مساكينَ وصِيَام يومٍ في فِدْيَةِ الأذى، فإنَّ إجزاءَ هذا بعيدٌ بلَا شَكّ.

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب الزكاة، باب زكاة الغنم، رقم (١٤٥٤).

الْقَاعِدَةُ الثَّانِيَةُ بَعْدَ المِائَةِ



مَنْ أَتَى بِسَبَبٍ يُفِيدُ المِلْكَ، أَوِ الحِلَّ، أَوْ يُسْقِطُ الْوَاجِبَاتِ عَلَى وَجْهٍ مُحَرَّمٍ، وَكَانَ مِمَّا تَدْعُو النُّفُوسُ إِلَيْهِ، أُلْغِيَ ذَلِكَ السَّبَبُ وَصَارَ وُجُودُهُ كَالْعَدَمِ، وَلَمْ يَتَرَتَّبْ عَلَيْهِ أَحْكَامُهُ.

وَيَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: الْفَارُّ مِنَ الزَّكَاةِ قَبْلَ تَمَامِ الحَوْلِ بِتَنْقِيصِ النِّصَابِ، أَوْ إِخْرَاجِهِ عَنْ مِلْكِهِ، تَجِبُ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ.

وَلَوْ صَرَفَ أَكْثَرَ أَمْوَالِهِ فِي مِلْكٍ مَا لَا زَكَاةَ فِيهِ؛ كَالْعَقَارِ وَالحُلِيِّ، فَهَلْ يَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الْفَارِّ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: المُطَلِّقُ فِي مَرَضِهِ لَا يَقْطَعُ طَلَاقُهُ حَقَّ الزَّوْجَةِ مِنْ إِرْثِهَا مِنْهُ، إِلَّا أَنْ تَنْتَفِيَ التُّهَمُ بِسُؤَالِ الزَّوْجَةِ وَنَحْوِهِ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ.

وَمِنْهَا: الْقَاتِلُ لِمَوْرُوثِهِ لَا يَرِثُهُ، وَسَوَاءٌ كَانَ مُتَّهَمًا أَوْ غَيْرَ مُتَّهَمٍ عِنْدَ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ، وَحَكَى ابْنُ عَقِيلٍ فِي مُفْرَدَاتِهِ وَعُمَدِ الْأَدِلَّةِ وَجْهًا، أَنَّهُ مَتَى انْتَفَتِ التُّهْمَةُ -كَقَتْلِ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ- لَمْ يَمْتَنِعِ الْإِرْثُ، قَالَ: وَهُوَ أَصَحُّ عِنْدِي.

وَمِنْهَا: قَتْلُ المُوصَى لَهُ المُوصِيَ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ، فَإِنَّهُ تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ رِوَايَةً وَاحِدَةً، عَلَى أَصَحِّ الطَّرِيقَيْنِ.

وَمِنْهَا: السَّكْرَانُ بِشُرْبِ الخَمْرِ عَمْدًا، يُجْعَلُ كَالصَّاحِي فِي أَقْوَالِهِ وَأَفْعَالِهِ فِيمَا عَلَيْهِ فِي المَشْهُورِ مِنَ المَذْهَبِ، بِخِلَافِ مَنْ سَكِرَ بِبَنْجٍ أَوْ نَحْوِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَزَالَ عَقْلَهُ بِأَنْ ضَرَبَ رَأْسَهُ فَجُنَّ، فَإِنَّهُ لَا يَقَعُ طَلَاقُهُ عَلَى المَنْصُوصِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا لَا تَدْعُو النُّفُوسُ إِلَيْهِ، بَلْ فِي الطَّبْعِ وَازِعٌ عَنْهُ، وَكَذَلِكَ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ قَضَاءُ الصَّلَاةِ إِذَا جُنَّ فِي هَذِهِ الحَالَةِ عَلَى الصَّحِيحِ.

وَمِنْهَا: تَخْلِيلُ الخَمْرِ لَا يُفِيدُ حِلَّهُ وَلَا طَهَارَتَهُ، عَلَى المَذْهَبِ الصَّحِيحِ.

وَمِنْهَا: ذَبْحُ الصَّيْدِ فِي حَقِّ المُحْرِمِ لَا يُبِيحُهُ بِالْكُلِّيَّةِ، وَذَبْحُ المُحِلِّ لِلْمُحْرِمِ لَا يُبِيحُهُ لِلْمُحْرِمِ المَذْبُوحِ لَهُ، وَفِي حِلِّهِ لِغَيْرِهِ مِنَ المُحْرِمِينَ وَجْهَانِ، وَلَا يردُ عَلَى هَذَا ذَبْحُ الْغَاصِبِ وَالسَّارِقِ؛ لِأَنَّ ذَبْحَهُمَا لَا يَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ الْإِبَاحَةُ لَهُمَا، فَإِنَّهُ بَاقٍ عَلَى مِلْكِ المَالِكِ، وَلَا إِبَاحَةَ بِدُونِ إِذْنِهِ، مَعَ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الْتَزَمَ تَحْرِيمَهُ مُطْلَقًا، وَحَكَاهُ رِوَايَةً.

وَيَلْتَحِقُ بِهَذِهِ الْقَاعِدَةِ: قَاعِدَةُ مَنْ تَعَجَّلَ حَقَّهُ أَوْ مَا أُبِيحَ لَهُ قَبْلَ وَقْتِهِ عَلَى وَجْهٍ مُحَرَّمٍ عُوقِبَ بِحِرْمَانِهِ. وَيَدْخُلُ فِيهَا مِنْ مَسَائِلَ:

الْأُولَى: مَسْأَلَةُ قَتْلِ المَوْرُوثِ وَالمُوصَى لَهُ.

وَمِنْهَا: الْغَالُّ مِنَ الْغَنِيمَةِ يَحْرُمُ أَسْهُمُهُ مِنْهَا عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فِي عِدَّتِهَا، حُرِّمَتْ عَلَيْهِ عَلَى التَّأْبِيدِ عَلَى رِوَايَةٍ.

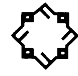
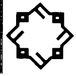
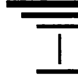
وَمِنْهَا: مَنْ تَزَوَّجَتْ بِعَبْدِهَا فَإِنَّهُ يَحْرُمُ عَلَيْهَا عَلَى التَّأْبِيدِ، كَمَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللهِ، ذَكَرَهُ الخَلَّالُ فِي أَحْكَامِ الْعَبِيدِ عَنِ الخَضِرِ بْنِ

الْمُثَنَّى الْكِنْدِيِّ عَنْهُ. وَالخَضِرُ مَجْهُولٌ، تَفَرَّدَ عَنْ عَبْدِ اللهِ بِرِوَايَةِ الْمَنَاكِيرِ الَّتِي لَا يُتَابَعُ عَلَيْهَا.

وَمِنْهَا: مَنِ اصْطَادَ صَيْدًا قَبْل أَنْ يَحِلَّ مِنْ إِحْرَامِهِ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ، وَإِنْ تَحَلَّلَ، حَتَّى يُرْسِلَهُ وَيُطْلِقَهُ.

وَأَمَّا إِذَا قَتَلَ الْغَرِيمُ غَرِيمَهُ فَإِنَّهُ يَحِلُّ دَيْنُهُ عَلَيْهِ، كَمَا لَوْ مَاتَ، صَرَّحَ بِهِ جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ. وَيَتَخَرَّجُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ لَا يَحِلُّ طَرْدًا لِلْقَاعِدَةِ.




الْقَاعِدَةُ الثَّالِثَةُ بَعْدَ المِائَةِ



الْفِعْلُ الْوَاحِدُ يَنْبَنِي بَعْضُهُ عَلَى بَعْضٍ مَعَ الِاتِّصَالِ الْمُعْتَادِ، وَلَا يَنْقَطِعُ بِالتَّفَرُّقِ الْيَسِيرِ، وَلِذَلِكَ صُوَرٌ:

مِنْهَا: مُكَاثَرَةُ المَاءِ النَّجِسِ الْقَلِيلِ بِالمَاءِ الْكَثِيرِ يُعْتَبَرُ لَهُ الِاتِّصَالُ الْمُعْتَادُ دُونَ صَبِّ الْقُلَّتَيْنِ دَفْعَةً وَاحِدَةً[١].

---

[١] قوله: «دُونَ صَبِّ الْقُلَّتَيْنِ»؛ لأنَّ صبَّ القلتين دفعةً واحدةً واضحٌ أنه مُتَّصِل، لكن الكلام على إذا ضَيَّقَ فَمَ القِربَة مثلًا حَتَّى صار يَصُبّ شيئًا قليلًا، فهل نقول: إنَّ هذا الانفصالَ يَضُرّ أو لا؟ نقول: لا يضرُّ، وصورةُ المسألةِ تَتَّضِحُ بما يلي:

هذا ماء نَجِسٌ قليلٌ أراد إنسانٌ أنْ يُطَهِّرَهُ بالمُكَاثَرَةِ بالماءِ، فيأتي بماءٍ كثيرٍ، والماء الكثير ما بلغَ قُلَّتَيْنِ فأكثر، فيصبُّه على هذا الماءِ القليلِ، هذه واحدةٌ، إذا صَبَّه دفعةً واحدةً بأنْ كَانَ في إناءٍ واسعٍ وَصَبَّ جميعَه فطهارةُ الماءِ القليلِ واضحةٌ؛ لأنَّ الفعلَ لـم يَتفرَّقْ، وإنْ صبَّ على هذا الماء القليلِ ماءً قليلًا فهل يَطْهُرُ الماءُ القليلُ النجِس؟

الجواب: لا؛ لأنَّ الماءَ القليلُ لا يُطَهِّر، بل يَنْجُس إذا لاقى الماء القليل، وصار الكُلّ نَجِسًا.

فإذا أتى في اليوم الثَّاني وصبَّ على هذا ماءً قليلًا فإنه أيضًا لا يَطْهُرُ؛ لأنَّ الماءَ القليل الَّذِي صبّه لا يُطَهِّر.

وَمِنْهَا: الْوُضُوءُ إِذَا اعْتَبَرْنا لَهُ الْمُوَالَاةَ لَمْ يَقْطَعْهُ التَّفَرُّقُ الْيَسِيرُ، وَهَلْ الِاعْتِبَارُ فِيهِ بِالْعُرْفِ أَوْ بِجَفَافِ الْأَعْضَاءِ، عَلَى رِوَايَتَيْنِ[١].

الصورة الثَّالِثَة: أتى بماء كثيرٍ فصبّ على هذا الماءِ القليلِ قليلًا منه، ثُمَّ شَرَعَ يُكَمِّل الصبَّ، حَتَّى صبَّ بقيَّةً كثيرةً، هل يُطَهِّرُ أم لا؟ هذه هي القاعدة، نقول: يُطَهِّر؛ لأنَّ هذا الفعل يَنْبَنِي بعضُه على بعضٍ معَ الاتِّصال أو معَ التَّفريق اليسيرِ.

الصُّورة الرّابعة: أَتَى بماءٍ كثيرٍ لِيَصُبَّهُ على الماء القليلِ، لكنَّه جعلَ فَمَ القِرْبة الَّتِي يصبُّ منها ضيِّقًا، بحيث استغرقَ ساعاتٍ، هل يجزئ أو لا يجزئ؟

الجواب: يجزئ، ويكون الماءُ القليلُ الَّذِي صُبَّ عليه هذا الماءُ الطَّاهرُ الكثيرُ طاهرًا.

[١] أفادَنَا المؤلِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ أنَّ المُوالاةَ في الوُضُوءِ فيها خِلافٌ؛ لقولِهِ: «**إِذَا اعْتَبَرْنا لَهُ المُوَالَاةَ**»، وهذا صحيحٌ، فإنَّ الموالاةَ في الوضوءِ فيها لأهلِ العلمِ قولانِ: القولُ الأوَّلُ أنه يُشترَط الموالاةُ، والقول الثَّاني أنَّه لا يُشترَط، وعلى هذا القولِ لو غَسَل الإنسانُ وجهَه بنيَّة الوضوءِ في السَّاعةِ الواحدةِ، ثُمَّ غسل يديْه في السَّاعةِ الثَّانِيَة، ثُمَّ مسحَ رأسَه في السَّاعةِ الثَّالِثَة، ثُمَّ غسلَ رِجليه في السَّاعةِ الرّابعةِ، أَجْزَأَهُ، ما دامَ قد فعلَ بنيَّة الوضوءِ؛ لأنَّ الموالاةَ ليستْ بشرطٍ، وهذا الرَّجُلُ قد أتى بما أمرَ اللهُ به، فَغَسَلَ وَجْهَه ويَديْه إلى المِرْفَقَيْنِ ومسحَ برأسِهِ وغسلَ رِجْلَيه.

ولكن المشهورُ أنَّ الموالاةَ شرطٌ؛ لأنَّ هذا فِعل واحد، عِبادَة واحدة، فلَا بُدَّ أنْ تَتَّصِلَ أَجزاؤها بعضها ببعضٍ، ومن ذلك المُوالاةُ في الطَّوافِ والسعيِ، هل هي شرطٌ أو لا؟

قال بعضُ العُلَماء: إنها شرطٌ، وقال آخرون: إنَّها ليستْ بشرطٍ، بل هي سُنَّة، وفرَّق آخَرُون بينَ السَّعْيِ والطَّوافِ، فقالوا: هي في الطَّوافِ شرطٌ وفي السعيِ سُنَّة.

وعلى هذا، على القولِ بأنَّ الموالاةَ ليستْ شَرطًا، لو طافَ الإنسانُ الشَّوطَ الأوَّلَ في السَّاعةِ الواحدةِ، والشَّوط الثَّاني في السّاعةِ الثَّانيَة، والثَّالث في الثَّالِثَة، والرّابع في الرّابعة، والخامس في الخامسة، والسادس في السادسة، والسابع في السابعة، سبع ساعات، صحَّ، وعليه لو طاف الشَّوط الأوَّل ورأى أن المطاف ضيّق فخرج منَ الطَّواف، لا بنيَّة قطع الطَّواف، ولكن بنيَّة إتمامِهِ بعد السعيِ، وذهب، ولكن المطاف لم يَخِفّ ازدحامه إلَّا بعد العصرِ، وهو قد طاف الشَّوط الأوَّل في أول النهار، فإنه يُكمِل على هذا القولِ.

وهذا القولُ وإنْ كَانَ ضعيفًا من حيثُ النظرُ والدَّليلُ؛ لأنَّ الطَّوافَ عبادةٌ واحدةٌ لَا بُدَّ أنْ ينبنيَ بعضُها على بعضٍ، لكن أحيانًا يَسُوغُ القولُ به فيما إذا حصلَ للإنسانِ بغيرِ اختيارِهِ، فمثلًا حصل سؤالٌ هذا العام عن جماعةٍ معهم نساء طافوا طوافَ العُمْرَة، ثُمَّ أُذِّن للفجرِ، ومن عادتهم أنه إذا أُذِّن أخرجوا النساءَ منَ المطافِ، يقول: فأخرجونا منَ المطافِ ولم نجدْ مكانًا إلَّا في السُّوق، فبَقِينا نحو ثُلُث ساعةٍ ونحن نخرجُ إلى السوقِ، ثُمَّ بعد الرُّجوع عَجَزْنَا فلم نستطعِ المشيَ؛ لأنَّ الناسَ يقابلوننا خارجين، فبَقِينا نصفَ ساعةٍ أو أكثر حَتَّى وصلنا إلى المَطافِ، فبينَ خُرُوجِنا ورُجُوعِنا ساعةٌ، فكمّلنا الطَّواف، فهل يُجْزِئُهُمْ؟

الجواب: نعمْ، أمَّا على القول بالموالاة لا يُجْزِئهم، الواجب أنْ يعيدوه من جديدٍ، وعلى القـول بعدمِ المُـوالاة، وهذا هـو الأصحُّ مِن مَذْهَب الشَّافعيَّة يجزئهم،

والحقيقة أَنَّه يَنبغي في مثلِ هذه الصُّورةِ أنْ يُفْتَوْا بالجوازِ؛ لأنهم خَرجوا بغير اختيارِهِم، وتأَخَّر البناء بغير اختيارهم، ولو قلنا: إنهم يَلْزَمُهم الاستئنافُ، ربما يَحْدُثُ مثل هذه الحال أيضًا، فيؤدِّي إلى عدم البناء أيضًا، فالمضايقاتُ إذا لم يكنْ في المسألةِ نصٌّ واضحٌ ينبغي للإنسان في بابِ الفتوى -خصوصًا إذا لم يمكنِ التَّدارُك- أنْ يُسَهِّلَ فيها.

مسألة: إذا كَانَ هؤلاء مُتَمَتِّعِينَ، فطافوا وسَعَوْا وقصّروا ولبِسوا وأَحرموا بالحجِّ يومَ ثمانيةٍ، فعلى القولِ باشتراطِ الموالاةِ وأنها لا تَسْقُطُ في هذه الحالِ، فيعتبر طوافهم غيرَ صحيحٍ، فماذا نجعل نُسُكَهم؟

الجواب: نجعله قِرَانًا؛ لأنهم أدخلوا الحجَّ على العُمرة؛ لأنَّ العمرةَ لم تصحَّ؛ لِعَدَمِ صِحَّة الطَّوافِ، ولـما لـم يَصِحَّ الطَّوافُ لـم يَصِحَّ السعيُ حينئذٍ، نقول: أنتم قارِنُون.

فإذا تحللوا، ربَّما كَانَ الإنسانُ معه أهله فجامَع، نقول: لا يَلْزَمُهُم شيءٌ؛ لأنَّهم جاهِلونَ، لم يَفعلوا هذا إِلَّا ظنًّا منهم أنَّهم تَحَلَّلُوا منَ النُّسُك، فهم لم يفعلوا محظورًا في النُّسُك الآن، بل فعلوا المَحظورَ بناءً على أنهم قد حَلُّوا وليسوا في نُسُكٍ، فعُذْرُهم بالجَهل، وهذا واضحٌ.

المهم أننا نقول: إنَّ مثلَ هؤلاء إذا أُفْتُوا بالقولِ بأنه لا تُشْتَرَط الموالاةُ، لا سيما مع الإكراهِ، وهذا شِبه إكراهٍ، فإنه قولٌ وجيهٌ، وهذه القاعدةُ أَخذناها عن شيخنا عَبْد الرَّحمن السّعْدِي، ولا يَبْعُدُ أنْ تكـونَ صحيحةً، على أنه يُفَـرَّق بين الشَّيءِ الَّذي

يمكِن تلافيهِ والَّذِي لا يمكِـن، إِلَّا ما خالفَ النصَّ، فـإذا كَانَ نصٌّ فلَا بُدَّ لنا أنْ نُسَلِّمَ له، لكن ما دامتِ المسألةُ خِلافًا بين العُلَماء واجتهادات، فإنه ينبغي أَلَّا نُكَلِّف الناسَ شيئًا يَشُقُّ عليهم إِلَّا بدليلٍ منَ الشَّرعِ، وهذا قد جرَى عليه أيضًا أهل العلمِ سابقًا.

وأنا أذكرُ أنه مَرَّ عليّ عبارة لابنِ مُفْلِح، لعلَّها في الفُرُوع أو في الآدابِ، أنَّ رجلًا منَ السلفِ أفتى لابنه بشيءٍ، فكأنه استثقلهُ، فقال له: إما أنْ تفعلَ وإمَّا أنْ أُفْتِيَك بقولِ فلانٍ الَّذِي هو أشدُّ.

عندنا في مسألةِ الموالاةِ في الوضوءِ، إذا قلنا باشتراطِ الموالاةِ فبماذا تَنضبِط، هل هو بالعُرْف أو بِجَفَافِ العُضْو؟

المَذهبُ أنه بِجَفَافِ العُضو، أنْ لا يؤخِّر غَسْلَ عضوٍ حَتَّى يَجِفَّ الَّذِي قبله، لكن بزمنٍ مُعتدِلٍ وفي جوٍّ معتدِل، أو في مكانٍ معتدلٍ، فإذا كَانَ بزمنٍ غير معتدلٍ، مثل كُنَّا في شدة الحرّ وهناك رِياح، فإنَّ العضوَ سوف يجفُّ بسرعةٍ، هذا لا عِبْرَةَ به، وإذا كنا في جِدّة والماءُ كثيرٌ كالطَّلّ، وفي زمن الشِّتاء، هذا يمكن ألا ييبسَ أبدًا، فهل نأخذ بهذا الاعتبار أو لا؟

الجواب: لا نأخذُ به؛ لأنَّ المُعْتبَر جفافُ العُضو بزمنٍ معتدِلٍ.

أو العِبرة بالعُرف، وهو قولٌ آخرُ، ولكن العُرف في الحقيقةِ صعبٌ جدًّا؛ لأنَّ انضباطَ العُرفِ مُشْكِل، فما هو العُرفُ الَّذِي نعرِف منه أنّ آخِرَ الوضوءِ يَنبني على أوَّله، العُرف هنا هو عند أوساطِ الناسِ، والحقيقةُ أنَّ مسألةَ العُرفِ فيها صعوبةٌ جدًّا،

وَمِنْهَا: الْمُسَافِرُ إِذَا أَقَامَ مُدَّةَ يَوْمَيْنِ فَهُوَ سَفَرٌ وَاحِدٌ، يَنْبَنِي بَعْضُهُ عَلَى بَعْضٍ، وَإِنْ زَادَ لَمْ يَبْنِ[١].

مع أنَّ أشياءَ كثيرة مُقَيَّدَة بالعُرف، مثلا الموالاة مُقَيَّدة بالعُرف على هذا الرَّأْي، وكذلك مُقَيَّدة بالعُرف فيما إذا سلّم الإنسانُ قبل تمام الصلاةِ، فالُمعتبَر العُرف، كذلك السَّفَر الَّذِي يكونُ فيه القَصْر، عند شيخِ الإسلامِ الُمعْتَبَر العُرْف، فما هو العُرْفُ في هذه الأشياءِ؟ فإذا قلنا: إنَّ الفصلَ في الصلاةِ إذا سلّم منها قبلَ تمامها المعتبَر بطولِهِ وقِصَرِه العُرف، فما هو العُرف؟

الأقرب في مسألة العبادةِ خاصَّة أنه قال: إذا ظهرَ التَّبايُن بين أجزاء العبادَةِ بحيث لا يَعْرِف مَن شاهدها أنها عبادةٌ واحدةٌ فقدِ انفصلَ بعضها عن بعضٍ، أما إذا شهِد الإنسان الرّائي بأنَّ العبادةَ واحدةٌ، مثل واحد سلّم قبل التَّمام ثُمَّ صارَ يسبِّح ويهلِّل حَتَّى أكملَ التَّسبيح، ثُمَّ قِيلَ: نقصتْ ركعة، ثُمَّ قام وسلّم، كلنا نعرِف أنَّ هذه الصلاةَ انبنى بعضها على بعضٍ، لكن لو أنه لَـمَّا سلّم قبل تمامِ الصلاةِ، وكان نجَّارًا، فأخذ القَدوم والمشذاب وقام يَنْجُرُ ويشذب في خلال خمسةِ دقائقَ، نقول: صلاتُكَ لم تتمَّ، فالَّذِي يَظهرُ من هذا الرَّجُلِ أنَّ الصلاةَ انقطعَ بعضها عن بعضها؛ لأنَّه عمِل عملًا بعيدًا عنِ الصلاةِ؛ فلا يظنّ الرّائي أنه بنَى صلاتَه أوّلها على آخِرها.

[١] قوله: «إِذَا أَقَامَ مُدَّةَ يَوْمَيْنِ» في نسخةٍ أربعة أيَّام، وهو على كُلِّ حالٍ خِلاف بسيطٌ لا يتغيّر به المعنى، وقوله: «وإن زاد لم يَبْنِ» هذا الجملة تؤيِّد النسخة الثَّانِيَة وهي أربعة أيام، لأنه إذا زاد على يومينِ فصارتْ ثلاثةً يبني.

وَمِنْهَا: إِذَا تَرَكَ الْعَمَلَ فِي المَعْدِنِ التَّرْكَ الْمُعْتَادَ، أَوْ لِعُذْرٍ، وَلَمْ يَقْصِدِ الْإِهْمَالَ، ثُمَّ عَادَ إِلَى الِاسْتِخْرَاجِ، ضَمَّ الْأَوَّلَ إِلَى الثَّانِي فِي النِّصَابِ[١].

وَمِنْهَا: الطَّوَافُ إِذَا تَخَلَّلَهُ صَلَاةٌ مَكْتُوبَةٌ، أَوْ جِنَازَةٌ، يُبْنَى عَلَيْهِ، سَوَاءٌ قُلْنَا: المُوَالَاةُ فِيهِ سُنَّةٌ أَوْ شَرْطٌ، عَلَى أَشْهَرِ الطَّرِيقَيْنِ لِلْأَصْحَابِ[٢].

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ: لَا أَكَلْتُ إِلَّا أَكْلَةً وَاحِدَةً فِي يَوْمِي هَذَا، فَأَكَلَ مُتَوَاصِلًا، لَمْ يَحْنَثْ، وَإِنْ تَفَرَّقَ التَّفَرُّقَ الْمُعْتَادَ عَلَى الْأَكْلَةِ الْوَاحِدَةِ، وَلَوْ طَالَ زَمَنُ الْأَكْلِ، وَإِنْ قَطَعَ ثُمَّ عَادَ بَعْدَ طُولِ الْفَصْلِ حَنِثَ. ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي الْقَطْعِ فِي السَّرِقَةِ، وَالْآمِدِيُّ[٣].

---

[١] صُورة المسألةِ إذا كَانَ شخصٌ يَستخرِج الذهبَ من المعادنِ، فاستخرجَ نِصف النِّصاب، ثُمَّ تركَ العملَ بهذا المعدِن؛ لأنه رأى أنَّ استخراجَهُ صعبٌ، ثُمَّ بعد ذلك تَرَاءَى له أنْ يرجعَ فَيَسْتَخْرِج، فاستخرجَ نصفَ نِصابٍ، فهل يُكمِل الأوَّل بالثَّاني؟

[٢] أفاد المؤلِّف رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنَّ فيه قولًا بأنَّ الموالاةَ في الطَّوافِ سُنَّة، وقد أَشرنا إلى ذلك، وقلنا: إنَّ الرّاجحَ أَنَّ الموالاةَ شَرْطٌ، لكن إذا انقطعتِ الموالاةُ لِعُذْرٍ فإنه يُعْفَى عنه، وللإنسانِ أنْ يُفْتِيَ بذلكَ؛ لأنَّ بعضَ أهلِ العلم قال: إنّه سُنَّة، فإذا كَانَ الانقطاعُ لِعُذرٍ كما في الصُّورة الَّتِي ذكرناها فإنه لَا شَكَّ أَنَّ القولَ بإعادةِ الطَّوافِ فيه مَشَقَّة شديدةٌ.

[٣] إذا قال: واللهِ لا آكُلُ اليومَ إِلَّا أكلةً واحدةً، فأكل أكلًا متواصلًا، صار يأكل مِن طُلُوع الشَّمسِ إلى الظُّهرِ، لكنَّه أكلٌ مُتواصِلٌ، كلَّما جاءوا له بصحن أكلَ منه

وَقِيَاسُهُ لَوْ حَلَفَ لَا وَطِئَهَا إِلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً، فَإِنَّ الْوَطْءَ فِي الْعُرْفِ عِبَارَةٌ عَنِ الْوَطْءِ التَّامِّ الْمُسْتَدَامِ إِلَى الْإِنْزَالِ، وَلَا يَبْعُدُ أَنْ يُقَالَ مِثْلُهُ فِيمَنْ رَتَّبَ حُكْمًا عَلَى مُطْلَقِ الْوَطْءِ.

وَفِي التَّرْغِيبِ أَنَّهُ ظَاهِرُ كَلَامِ أَصْحَابِنَا فِيمَا إِذَا قَالَ: إِنْ وَطِئْتُكِ فَوَاللهِ لَا وَطِئْتُكِ، وَلَكِنْ مَنْصُوصُ الْحِنْثِ بِالْتِقَاءِ الْخِتَانَيْنِ، وَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا أَنَّهُ لَا حَدَّ عَلَى مَنْ أَكْمَلَ الْوَطْءَ الْمُعَلَّقَ عَلَيْهِ الطَّلَاقُ الثَّلَاثُ بِإِتْمَامِهِ إِلَى الْإِنْزَالِ[١].

وَمِنْهَا: لَوْ أَخْرَجَ السَّارِقُ مِنَ الْحِرْزِ بَعْضَ النِّصَابِ، ثُمَّ دَخَلَ وَأَخْرَجَ بَاقِيَهُ، وَكُلٌّ مِنْهُمَا بِانْفِرَادِهِ لَا يَبْلُغُ نِصَابًا، ....

لُقمةً ولقمتينِ، ثُمَّ يأتون بصحنٍ آخرَ بعد عشرِ دقائقَ فأكلَ لُقمةً أو لقمتينِ، فذهبوا به وأتَوا بالثالثِ في خلالِ عشْرِ دقائقَ، المهمّ استوعبَ كُلَّ الضُّحى لكنَّه يعتبر أكلة واحدةً، يقول: هذا لا يضرّ، أي لا يَحْنَثُ؛ لأنَّ هذا التَّفريقَ تفريقٌ مُعتادٌ.

أمَّا لو أكلَ أكلةً ثُمَّ قامَ على أنَّه انتهى من هذه الأكلةِ، ثُمَّ عاد إلى أَكلةٍ أُخرى فإنَّه يَحْنَثُ، ويَتَفَرَّعُ على هذه المسألةِ مسألةُ الرَّضاع.

[١] الَّذي يَظْهَرُ في هذه المسألةِ أنَّ الصَّوابَ تعليقُ الحُكْمِ بما دلّ عليه الحديثُ، وهو الْتِقاءُ الخِتانَيْنِ، إلَّا أنْ تكونَ نيَّة الواطِئِ أو نيَّة الحالِفِ سوى ذلكَ، وإلَّا فلَا شَكَّ أنه عند الإطلاقِ يَحْصُلُ الجِماع بالْتقاءِ الخِتانينِ، فإنْ كانَ للحالِفِ نيَّة أنه يُريد الجِماع التَّامّ الَّذي يكون بالإنزالِ فعلى ما نَوَى.

فَإِنْ لَمْ يَطُلِ الْفَصْلُ بَيْنَهُمَا قُطِعَ، وَإِنْ طَالَ فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ وَعَمُّهُ فِي التَّرْغِيبِ، وَقَالَ: اخْتَارَ بَعْضُ شُيُوخِي أَنَّهُ لَا قَطْعَ مَعَ طُولِ الْفَصْلِ[1].

---

[١] مالُ السَّرِقَةِ لَا بُدَّ فيه منَ النِّصاب، وهو ربُع دِينارٍ أو ثلاثةُ دَرَاهِمَ أو ما يُساويه، فهذا رجلٌ أرادَ أنْ يَسْرِقَ، فدخلَ الدُّكَّان فقال: إنْ خرجتُ بثوبينِ خرجتُ بها قيمتُه رُبُع دينارٍ، وإنْ خرجتُ بثوبٍ واحدٍ خرجتُ بها قيمته دونَ رُبُع الدِّينارِ، فلا قطعَ، فخرج بثوبٍ واحدٍ، ثُمَّ رجع إلى الثوبِ الثَّاني فأخذه، إنْ نظرنا إلى كُلِّ ثوبٍ بانفرادِهِ لم يبلغ النِّصَاب فلا قطعَ، وإنْ نظرنا إلى مَجْمُوعِهِمَا فقد بلغ النِّصاب، فيجب القَطْعُ.

يقول المؤلِّف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إِنَّه مع طُول الفَصْل لا قَطْعَ، ومعَ قُرْبه فإنَّه يُقْطَع، ولكن: لو قال قائلٌ: إنَّه يرجع إلى نيَّة السارقِ، إذا سرق الأول ومِن نيّته أنْ يسرق الثَّاني قُطِع، لا سيما إنْ فعلَ التَّفريق هذا من باب الحِيلة، وأمَّا إذا سَرَقَ الأوَّل ثُمَّ ذهب به ولم يكنْ في نيَّته أنْ يَرجعَ، ثُمَّ بَدَا له بعدُ أنْ يرجعَ، فهذه سَرِقَة جديدةٌ، ولا قَطْعَ عليه حينئذٍ، ولكن إذا قلنا بأنَّ العِبرةَ نيَّة السارِق، فكيف نَصِل إلى العِلْمِ بذلك؟ الجواب: بإقرارِه.

فإذا قال قائل: كيف نَرجع إلى إِقرارِهِ وهو قَدْ يُقِرّ بما لا يَقتضي القطعَ؟

قلنا: كما رجعنا إلى إقرارِهِ بأصلِ السَّرِقة نَرجع إلى إقرارِهِ في وصفِ السَّرِقة.

فإذا قال قائلٌ: إذا ثَبَتَ هذا بِبيِّنة، فماذا تقولونَ، هل يُقْبَلُ قولُه: إنَّه فرَّق ولا يريد السرِقة الثَّانِيَة، أو نقول: إنَّ الأصلَ أنَّه أراد الرُّجوعَ؟

وَمِنْهَا: إِذَا تَرَكَ الْمُرْتَضِعُ الثَّدْيَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ، ثُمَّ عَادَ إِلَيْهِ قَبْلَ طُولِ الْفَصْلِ، فَهِيَ رَضْعَةٌ وَاحِدَةٌ عِنْدَ ابْنِ حَامِدٍ، وَكَذَا ذَكَرَهُ الْآمِدِيُّ أَنَّهُ لَوْ قَطَعَ بِاخْتِيَارِهِ لِتَنَفُّسٍ أَوْ إِعْيَاءٍ يَلْحَقُهُ، ثُمَّ عَادَ وَلَمْ يَطُلِ الْفَصْلُ، فَهِيَ رَضْعَةٌ وَاحِدَةٌ.

قَالَ: وَلَوِ انْتَقَلَ مِنْ ثَدْيٍ إِلَى آخَرَ وَلَمْ يَطُلِ الْفَصْلُ، فَإِنْ كَانَ مِنِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ فَهِيَ رَضْعَةٌ وَاحِدَةٌ، وَإِنْ كَانَ مِنِ امْرَأَتَيْنِ فَوَجْهَانِ، وَحَكَى أَبُو الْخَطَّابِ عَنِ ابْنِ حَامِدٍ نَحْوَ ذَلِكَ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ، إِلَّا فِي صُورَةِ الْمَرْأَتَيْنِ، وَذَكَرَ أَنَّهَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ، وَحَكَى عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّهَا تَكُونُ رَضْعَتَيْنِ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ، وَأَنَّهُ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ، وَاللهُ أَعْلَمُ[١].

قلنا: حينئذٍ نَرجِع إلى التَّفريق؛ إنْ كَانَ طويلًا فالظَّاهرُ أنَّه لم يُرِدِ السَّرِقة، وإنْ كَانَ يَسيرًا فالظَّاهرُ أنَّه أرادها، أي أنه حَسَب العُرْف، فمثلًا إذا كَانَ هذا الرَّجُلُ سَرَقَ اليومَ وبعدَ عَشَرةِ أيَّام سرقَ الثَّانِيَة، أمَّا أنْ يكونَ ما سرقَ في السَّاعةِ الواحدةِ ثُمَّ سرقَ في السَّاعةِ الثَّانِيَةِ، فهذا معروفٌ أنَّه أراد أنْ يَسْرِقَ مرَّة واحدةً.

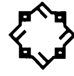
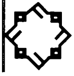
[١] في هذه المسألةِ الصَّحِيحُ أنَّه ما دامَ الفَصْلُ يَسيرًا والجلسةُ واحدةٌ، فهي رضعةٌ واحدةٌ، حَتَّى لو أطلقَ الثدي عدَّة مرَّاتٍ، وحَتَّى لو انتقلَ مِن ثديٍ إلى آخرَ، ولكن إذا انتقلَ مِن ثَدْيِ امرأةٍ إلى امرأةٍ، يعني إذا كَانَ لرجلٍ زوجتانِ كلاهما مُرْضِع، فانتقلَ الصبيُّ مِنِ امرأةٍ إلى امرأةٍ، فهل يُعتبَر رَضْعَة واحدة أو رضعتينِ؟

فيه وجهانِ، لكن الأقرب أنه رَضْعَتانِ؛ لاختلافِ المرأتينِ، وعلى هذا مثلًا لو أنَّ طفلًا أَرْضَعَتْهُ إحدى المرأتينِ فقُرِع البابُ، فقامتْ لِتَفْتَحَ البابَ وقالت للثَّانِيةِ: خذي أَرْضِعيهِ، فأرضعتْه، ثُمَّ رجعتِ الأُولَى وأخذتْه منها فأرضعتْه، ثُمَّ قُرِع الباب

فقامتْ لتفتحَ فاعطتْه الثَّانِيَة، ولـو عشر مراتٍ، فعلى أحد الـوجهينِ يُعتبر رضعةً واحدةً.

ولكنّي في نفسي شيءٌ، فالظَّاهرُ أنه إذا تعددتْ فكُلّ امرأةٍ يعتبر إرضاعها رضعةً، أمَّا إذا كَانَ منِ امرأةٍ واحدةٍ فإنه لو تَنقَّل من ثديٍ إلى ثديٍ عشرينَ مرَّةً لا يُعتبر إِلَّا رضعة واحدة، وهذا هو القولُ الرَّاجحُ، والمسألةُ فيها خلافٌ طويلٌ، مثلًا هل إذا قطع للتَّنفُّس أو إذا قطع مُكْرَهًا، أو إذا قطع مختارًا، أو المعتبر المَصَّة.



الْقَاعِدَةُ الرَّابِعَةُ بَعْدَ المِائَةِ






الرِّضَا بِالمَجْهُولِ قَدْرًا أَوْ جِنْسًا أَوْ وَصْفًا، هَلْ هُوَ رِضًا مُعْتَبَرٌ لَازِمٌ؟

إنْ كَانَ المُلْتَزَمُ عقْدًا أَوْ فَسْخًا يَصِحُّ إبْهَامُهُ بِالنِّسْبَةِ إلَى أَنْوَاعِهِ، أَوْ إلَى أَعْيَانِ مَنْ يردُ عَلَيْهِ، صَحَّ الرِّضَا بِهِ وَأُلْزِمَ بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَإِنْ كَانَ غَيْرُ ذَلِكَ فَفِيهِ خِلَافٌ، فَالْأَوَّلُ لَهُ صُوَرٌ:

مِنْهَا: أَنْ يُحْرِمَ مِنْهَا بِمِثْلِ مَا أَحْرَمَ بِهِ فُلَانٌ، أَوْ بِأَحَدِ الْأَنْسَاكِ، فَيَصِحُّ.

وَمِنْهَا: إذَا طَلَّقَ إحْدَى زَوْجَاتِهِ فَيَصِحُّ، وَتَعَيَّنَ بِالْقُرْعَةِ عَلَى المَذْهَبِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَعْتَقَ أَحَدَ عَبِيدِهِ فَيَصِحُّ، وَيُعَيِّنُ بِالْقُرْعَةِ أَيْضًا عَلَى الصَّحِيحِ.

وَأَمَّا الثَّانِي فَلَهُ صُوَرٌ:

مِنْهَا: إذَا طَلَّقَ بِلَفْظٍ أَعْجَمِيٍّ مَنْ لَا يَفْهَمُ مَعْنَاهُ، وَالْتَزَمَ مُوجَبَهُ عِنْدَ أَهْلِهِ، فَفِي لُزُومِ الطَّلَاقِ لَهُ وَجْهَانِ، وَالمَنْصُوصُ فِي رِوَايَةِ أَبِي الحَارِثِ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ الطَّلَاقُ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ وَالْأَكْثَرِينَ.

وَمِنْهَا: إذَا طَلَّقَ الْعَجَمِيُّ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ، وَلَمْ يَفْهَمْ مَعْنَاهُ، وَلَكِنَّهُ الْتَزَمَ مُوجَبَهُ عِنْدَ الْعَرَبِ، فِيهِ الخِلَافُ.

وَمِنْهَا: إذَا عَتَقَ الْعَجَمِيُّ أَوِ الْعَرَبِيُّ بِغَيْرِ لُغَتِهِ، وَلَمْ يَفْهَمْ مَعْنَاهُ، فَفِيهِ خِلَافٌ، وَنَصَّ أَحْمَدُ مِنْ رِوَايَةِ عَبْدِ اللهِ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْعِتْقُ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ مِثْلَمَا طَلَّقَ فُلَانٌ زَوْجَتَهُ. وَلَمْ يَعْلَمْ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ مِثْلُ طَلَاقِ فُلَانٍ بِكُلِّ حَالٍ، أَوْ لَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ وَاحِدَةٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ: أَيْمَانُ الْبَيْعَةِ تَلْزَمُنِي لَأَفْعَلَنَّ كَذَا، وَلَمْ يَعْلَمْ مَا هِيَ فِيهِ. وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا لَا تَنْعَقِدُ يَمِينُهُ بِالْكُلِّيَّةِ.

وَالثَّانِي: تَنْعَقِدُ إِذَا لَزِمَهَا وَنَوَاهَا، وَبِهِ أَفْتَى أَبُو الْقَاسِمِ الْخِرَقِيُّ فِيمَا حَكَى عَنْهُ ابْنُ بطَّةَ، قَالَ أَبُو الْقَاسِمِ: وَكَانَ أَبِي يَتَوَقَّفُ فِيهَا وَلَا يُجِيبُ فِيهَا بِشَيْءٍ.

وَالثَّالِثُ: يَنْعَقِدُ فِيمَا عَدَا الْيَمِينِ بِاللهِ، بِشَرْطِ النِّيَّةِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْيَمِينَ بِاللهِ لَا تَصِحُّ بِالْكِنَايَةِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ رَابِعٌ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، أَنَّهُ يَلْزَمُهُ مُوجَبُهَا؛ نَوَاهَا أَوْ لَمْ يَنْوِهَا، وَصَرَّحَ بِهِ أَيْضًا فِي بَعْضِ تَعَالِيقِهِ، وَقَالَ: لِأَنَّ مِنْ أَصْلِنَا وُقُوعَ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ بِالْكِتَابَةِ بِالْخَطِّ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ: أَيْمَانُ الْمُسْلِمِينَ تَلْزَمُنِي، فَفِي الْخِلَافِ لِلْقَاضِي يَلْزَمُهُ الْيَمِينُ بِاللهِ تَعَالَى وَالطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ وَالظِّهَارُ وَالنَّذْرُ؛ نَوَى ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَنْوِهِ، وَهُوَ مُفَرَّعٌ عَلَى قَوْلِهِ فِي أَيْمَانِ الْبَيْعَةِ.

قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ وَذَكَرَهُ: الْيَمِينُ بِاللهِ تَعَالَى وَالنَّذْرُ مَبْنِيٌّ عَلَى قَوْلِنَا بِعَدَمِ تَدَاخُلِ كَفَّارَاتِهِمَا.

فَأَمَّا عَلَى قَوْلِنَا بِالتَّدَاخُلِ فَيُجْزِئُهُ لَهُمَا كَفَّارَةُ الْيَمِينِ، وَقِيَاسُ الْمَشْهُورِ عَنْ

أَصْحَابِنَا فِي يَمِينِ الْبَيْعَةِ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ حَتَّى يَنْوِيَهُ، وَيَلْزَمُهُ أَوْ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ بِالْكُلِّيَّةِ حَتَّى يَعْلَمَهُ أَوْ يُفَرِّقَ بَيْنَ الْيَمِينِ بِاللهِ تَعَالَى وَغَيْرِهَا، مَعَ أَنَّ صَاحِبَ الْمُحَرَّرِ لَمْ يَحْكِ خِلَافًا عَلَى اللُّزُومِ هَاهُنَا وَإِنْ لَمْ يَنْوِهَا؛ لِأَنَّ أَيْمَانَ الْمُسْلِمِينَ مَعْرُوفَةٌ بَيْنَهُمْ، وَلَا سِيَّمَا الْيَمِينُ بِاللهِ وَبِالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ، بِخِلَافِ أَيْمَانِ الْبَيْعَةِ.

وَمِنْهَا: الْبَرَاءَةُ مِنَ الْمَجْهُولِ، وَأَشْهَرُ الرِّوَايَاتِ صِحَّتُهَا مُطْلَقًا، سَوَاءٌ جَهِلَ الْمُبَرِّئُ قَدْرَهُ وَوَصْفَهُ، أَوْ جَهِلَهُمَا مَعًا، وَسَوَاءٌ عَرَفَهُ الْمُبَرَّأُ أَوْ لَمْ يَعْرِفْهُ.

وَالثَّانِيَةُ: لَا يَصِحُّ إِذَا عَرَفَهُ الْمُبَرَّأُ، سَوَاءٌ عَلِمَ الْمُبَرِّئُ بِمَعْرِفَتِهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، وَفِيهِ تَخْرِيجٌ أَنَّهُ إِنْ عَلِمَ مَعْرِفَتَهُ صَحَّ، وَإِنْ ظَنَّ جَهْلَهُ لَمْ يَصِحَّ؛ لِأَنَّهُ غَارٌّ لَهُ.

وَالثَّالِثَةُ: لَا يَصِحُّ الْبَرَاءَةُ مِنَ الْمَجْهُولِ، وَإِنْ جَهِلَاهُ إِلَّا فِيمَا تَعَذَّرَ عِلْمُهُ لِلضَّرُورَةِ، وَكَذَلِكَ الْبَرَاءَةُ مِنَ الْحُقُوقِ فِي الْأَعْرَاضِ وَالْمَظَالِمِ.

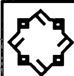
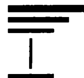
وَمِنْهَا: الْبَرَاءَةُ مِنْ عُيُوبِ الْمَبِيعِ، إِذَا لَمْ يُعَيِّنْ مِنْهَا شَيْءٌ، وَفِيهِ رِوَايَتَانِ:

أَشْهَرُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَبْرَأُ.

وَالثَّانِيَةُ: يَبْرَأُ إِلَّا مِنْ عَيْبٍ عَلِمَهُ فَكَتَمَهُ لِتَغْرِيرِهِ وَغِشِّهِ، وَخَرَّجَ أَبُو الْخَطَّابِ وَجْهًا آخَرَ بِالصِّحَّةِ مُطْلَقًا مِنَ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْمَجْهُولِ.

وَمِنْهَا: إِجَازَةُ الْوَصِيَّةِ الْمَجْهُولَةِ، وَفِي صِحَّتِهَا وَجْهَانِ.

⁂



الْقَاعِدَةُ الخَامِسَةُ بَعْدَ المِائَة



فِي إِضَافَةِ الْإِنْشَاءَاتِ وَالإِخْبَارَاتِ إِلَى الْمُبْهَمَاتِ.

أَمَّا الْإِنْشَاءَاتُ فَمِنْهَا الْعُقُودُ، وَهِيَ أَنْوَاعٌ:

أَحَدُهَا: عُقُودُ التَّمْلِيكَاتِ المَحْضَةِ؛ كَالْبَيْعِ وَالصُّلْحِ بِمَعْنَاهُ.

وَعُقُودُ التَّوْثُّقَاتِ: كَالرَّهْنِ وَالْكَفَالَةِ وَالتَّبَرُّعَاتِ اللَّازِمَةِ بِالْعَقْدِ أَوْ بِالْقَبْضِ بَعْدَهُ؛ كَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ.

فَلَا يَصِحُّ فِي مُبْهَمٍ مِنْ أَعْيَانٍ مُتَفَاوِتَةٍ؛ كَعَبْدٍ مِنْ عَبِيدٍ، وَشَاةٍ مِنْ قَطِيعٍ، وَكَفَالَةِ أَحَدِ هَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ، وَضَمَانِ أَحَدِ هَذَيْنِ الدَّيْنَيْنِ، وَفِي الْكَفَالَةِ احْتِمَالٌ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ، فَهُوَ كَالْإِعَارَةِ وَالْإِبَاحَةِ.

وَيَصِحُّ فِي مُبْهَمٍ مِنْ أَعْيَانٍ مُتَسَاوِيَةٍ مُخْتَلِطَةٍ؛ كَقَفِيزِ صُبْرَةٍ، فَإِنْ كَانَتْ مُتَمَيِّزَةً مُتَفَرِّقَةً فَفِيهِ احْتِمَالَانِ، ذَكَرَهُمَا فِي التَّلْخِيصِ، وَظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي الصِّحَّةُ، فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِي الخِلَافِ أَنَّهُ يَصِحُّ إِجَارَةُ عَيْنٍ مِنْ أَعْيَانٍ مُتَقَارِبَةِ النَّفْعِ؛ لِأَنَّ المَنَافِعَ لَا تَتَفَاوَتُ كَالْأَعْيَانِ، وَإِنْ كَانَتْ مُخْتَلِفَةً مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ؛ كَصُبْرَةٍ مُخْتَلِفَةِ الْأَجْزَاءِ، فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْبُطْلَانُ كَالْأَعْيَانِ الْمُتَمَيِّزَةِ.

وَالثَّانِي: الصِّحَّةُ، وَلَهُ مِنْ كُلِّ نَوْعٍ بِحِصَّتِهِ.

وَالثَّانِي: عُقُودُ مُعَاوَضَاتٍ غَيْرُ مُتَمَحِّضَةٍ؛ كَالصَّدَاقِ وَعِوَضِ الخُلْعِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ، فَفِي صِحَّتِهَا عَلَى مُبْهَمٍ مِنْ أَعْيَانٍ مُخْتَلِفَةٍ وَجْهَانِ أَصَحُّهُمَا الصِّحَّةُ، وَفِي الْكِنَايَةِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا كَذَلِكَ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي.

وَالثَّانِي: لَا تَصِحُّ وَجْهًا وَاحِدًا؛ لِأَنَّ عِوَضَهَا مَالٌ مَحْضٌ.

وَالثَّالِثُ: عَقْدُ تَبَرُّعٍ مُعَلَّقٌ بِالمَوْتِ، فَيَصِحُّ فِي الْمُبْهَمِ بِغَيْرِ خِلَافٍ لِمَا دَخَلَهُ مِنَ التَّوَسُّعِ؛ كَعَبْدٍ مِنْ عَبِيدِهِ، وَشَاةٍ مِنْ قَطِيعِهِ، وَهَلْ يُعَيَّنُ بِتَعْيِينِ الْوَرَثَةِ أَوْ بِالْقُرْعَةِ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَمِثْلُهُ عُقُودُ التَّبَرُّعَاتِ؛ كَإِعَارَةِ أَحَدِ هَذَيْنِ الثَّوْبَيْنِ، وَإِبَاحَةِ أَحَدِ هَذَيْنِ الرَّغِيفَيْنِ، وَكَذَلِكَ عُقُودُ الْمُشَارَكَاتِ وَالْأَمَانَاتِ المَحْضَةِ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: ضَارِبْ بِإِحْدَى هَاتَيْنِ المِائَتَيْنِ، وَهُمَا فِي كِيسَيْنِ، وَدَعْ عَنْكَ الْأُخْرَى عِنْدَكَ وَدِيعَةً، أَوْ ضَارِبْ مِنْ هَذِهِ المِائَةِ بِخَمْسِينَ فَإِنَّهُ يَصِحُّ التَّمَاثُلُ، ذَكَرَهُ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ.

فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْإِبْهَامُ فِي التَّمَلُّكِ، فَإِنْ كَانَ عَلَى وَجْهٍ يَؤُولُ إِلَى الْعِلْمِ؛ كَقَوْلِهِ: أَعْطُوا أَحَدَ هَذَيْنِ كَذَا، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ، كَمَا لَوْ قَالَ فِي الجَعَالَةِ: مَنْ رَدَّ عَبْدِي فَلَهُ كَذَا، وَإِنْ كَانَ عَلَى وَجْهٍ لَا يَؤُولُ إِلَى الْعِلْمِ، كَالْوَصِيَّةِ لِأَحَدِ هَذَيْنِ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وَعَلَى الصِّحَّةِ يُمَيَّزُ بِالْقُرْعَةِ.

وَأَمَّا الْفُسُوخُ فَمَا وُضِعَ مِنْهَا عَلَى التَّغْلِيبِ وَالسِّرَايَةِ صَحَّ فِي الْمُبْهَمِ؛ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ، وَخَرَّجَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ وَجْهًا فِي الْوَقْفِ، أَنَّهُ كَالْعِتْقِ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّحْرِيرِ، وَالمَذْهَبُ خِلَافُهُ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ عَقْدُ تَمْلِيكٍ، فَهُوَ بِالْهِبَةِ أَشْبَهُ.

وَأَمَّا الْإِخْبَارَاتُ: فَمَا كَانَ مِنْهَا خَبَرًا دِينِيًّا، أَوْ كَانَ يَجِبُ بِهِ حَقٌّ عَلَى الْمخبَرِ قُبِلَ فِي الْمُبْهَمِ، فَإِنْ تَعَلَّقَ بِهِ وُجُوبُ حَقٍّ عَلَى غَيْرِهِ لَمْ يُقْبَلْ، إِلَّا فِيمَا يَظْهَرُ لَهُ فِيهِ عُذْرُ الِاشْتِبَاهِ، فَفِيهِ خِلَافٌ.

وَإِنْ تَعَلَّقَ بِهِ وُجُوبُ الْحَقِّ عَلَى غَيْرِهِ لِغَيْرِهِ فَحُكْمُهُ حُكْمُ إِخْبَارِ مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَقُّ.

وَيُخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: لَوْ أَخْبَرَهُ أَنَّ كَلْبًا وَلَغَ فِي أَحَدِ هَذَيْنِ الْإِنَاءَيْنِ، لَا بِعَيْنِهِ، قُبِلَ، وَصَارَ كَمَنِ اشْتَبَهَ عَلَيْهِ طَاهِرٌ بِنَجِسٍ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَخْبَرَهُ بِنَجَاسَةِ أَحَدِ الثَّوْبَيْنِ، أَوْ أَنَّ أَحَدَ هَذَيْنِ اللَّحْمَيْنِ مَيْتَةٌ وَالْآخَرُ مُذَكَّاةٌ وَنَحْوِ ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: الْإِقْرَارُ، فَيَصِحُّ الْمُبْهَمُ، وَيلْزَمُ بِتَعْيِينِهِ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: أَحَدُ هَذَيْنِ مِلْكٌ لِفُلَانٍ، أَوْ لَهُ عِنْدِي دِرْهَمٌ أَوْ دِينَارٌ.

وَيَصِحُّ لِلْمُبْهَمِ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ أَعْتَقَ أَحَدَ هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ، أَوْ أَعْتَقَهُ مَوْرُوثُهُ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَقَرَّ أَنَّهُ زَوَّجَ إِحْدَى بَنَاتِهِ مِنْ رَجُلٍ وَلَمْ يُسَمِّهَا، ثُمَّ مَاتَ، فَإِنَّهَا تُمَيَّزُ بِالْقُرْعَةِ عَلَى الْمَنْصُوصِ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَقَرَّ أَنَّ هَذِهِ الْعَيْنَ الَّتِي فِي يَدِهِ لِأَحَدِ هَذَيْنِ وَدِيعَةٌ وَلَا أَعْلَمُهُ عَيْنًا، فَإِنَّهُمَا يَقْتَرِعَانِ عَلَيْهَا، نَصَّ عَلَيْهِ، وَكَذَا لَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ بَاعَ هَذِهِ الْعَيْنَ مِنْ أَحَدِ هَذَيْنِ، وَهُمَا يَدَّعِيَانِهَا، فَإِنَّهُمَا يَقْتَرِعَانِ، وَلَوْ كَانَتْ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا.

نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِي رَجُلَيْنِ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ ثَوْبًا، وَقَالَ أَحَدُهُمَا: اشْتَرَيْتُهُ بِمِائَةٍ، وَقَالَ الْآخَرُ: بِمِائَتَيْنِ، وَأَقَرَّ

الْبَائِعُ أَنَّهُ بَاعَهُ بِمِائَتَيْنِ وَلَمْ يُعَيِّنْ، فَإِنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ، وَكَانَ الثَّوْبُ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا، وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ، وَلَا اعْتِبَارَ بِهَذِهِ الْيَدِ لِلْعِلْمِ بِمُسْتَنَدِهَا.

وَعَنْهُ رِوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّهَا يَدٌ مُعْتَبَرَةٌ، فَتَكُونُ الْعَيْنُ لِصَاحِبِهَا، وَمَعَ تَعَارُضِ الْبَيِّنَتَيْنِ يُخَرَّجُ عَلَى الخِلَافِ فِي بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ وَالخَارِجِ.

وَمِنْهَا: الدَّعْوَى بِالمُبْهَمِ، فَإِنْ كَانَتْ بِمَا يَصِحُّ وُقُوعُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ مُبْهَمًا كَالْوَصِيَّةِ وَالعَبْدِ المُطْلَقِ فِي المُبْهَمِ وَنَحْوِهِ فَإِنَّهَا تَصِحُّ، قَالَ فِي التَّرْغِيبِ: وَأَلْحَقَ أَصْحَابُنَا الْإِقْرَارَ بِذَلِكَ، قَالَ: وَالصَّحِيحُ عِنْدِي أَنَّ دَعْوَى الْإِقْرَارِ بِالمَعْلُومِ لَا تَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِالحَقِّ وَلَا مُوجِبِهِ فَكَيْفَ بِالمَجْهُولِ.

وَأَمَّا الدَّعْوَى عَلَى المُبْهَمِ فَلَا تَصِحُّ، وَلَا تُسْمَعُ، وَلَا يَثْبُتُ بِهَا قَسَامَةٌ وَلَا غَيْرُهَا. فَلَوْ قَالَ: قَتَلَ أَبِي أَحَدُ هَؤُلَاءِ الخَمْسَةِ لَمْ يُسْمَعْ.

قَالَ فِي التَّرْغِيبِ: وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُسْمَعَ لِلْحَاجَةِ، فَإِنَّ مِثْلَهُ يَقَعُ كَثِيرًا، وَيَحْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ، قَالَ: وَكَذَلِكَ يَجْرِي فِي دَعْوَى الْغَصْبِ وَالْإِتْلَافِ وَالسَّرِقَةِ، وَلَا يَجْرِي فِي الْإِقْرَارِ وَالْبَيْعِ إِذَا قَالَ: نَسِيتُ؛ لِأَنَّهُ مُقَصِّرٌ.

وَمِنْهَا: الشَّهَادَةُ بِالمُبْهَمِ، فَإِنْ كَانَ المَشْهُودُ بِهِ يَصِحُّ مُبْهَمًا صَحَّتِ الشَّهَادَةُ بِهِ؛ كَالْعِتْقِ وَالطَّلَاقِ وَالْإِقْرَارِ وَالْوَصِيَّةِ، وَإِلَّا لَمْ يَصِحَّ، لَا سِيَّمَا الشَّهَادَةُ الَّتِي لَا تَصِحُّ بِدُونِ دَعْوَى، فَإِنَّهَا تَابِعَةٌ لِلدَّعْوَى فِي الحُكْمِ.

أَمَّا إِنْ شَهِدَتِ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ طَلَّقَ أَوْ أَعْتَقَ أَوْ أَبْطَلَ وَصِيَّةً مُعَيَّنَةً، وَادَّعَى نِسْيَانَ عَيْنِهَا، فَفِي الْقَبُولِ وَجْهَانِ حَكَاهُمَا فِي المُحَرَّرِ، وَجَزَمَ ابْنُ أَبِي مُوسَى بِقَبُولِ

الشَّهَادَةِ بِالرُّجُوعِ عَنْ أَحَدِ الْوَصِيَّتَيْنِ مُطْلَقًا، وَكَذَلِكَ حُكِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ، وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ فِي شَاهِدَيْنِ شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَخَذَ مِنْ يَتِيمٍ أَلْفًا، وَشَهِدَ آخَرَانِ عَلَى آخَرَ أَنَّهُ هُوَ الَّذِي أَخَذَهَا: يَأْخُذُ الْوَلِيُّ بِأَيِّهِمَا شَاءَ. وَلَعَلَّ الْمُرَادَ أَنَّهُ إِذَا صَدَّقَ إِحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ حُكِمَ لَهُ بِهَا.



فَصْلٌ:

وَلَوْ تَعَلَّقَ الْإِنْشَاءُ بِاسْمٍ لَا يَتَمَيَّزُ بِهِ مُسَمَّاهُ؛ لِوُقُوعِ الشَّرِكَةِ فِيهِ، فَإِنْ لَمْ يَنْوِهِ فِي الْبَاطِنِ مُعَيَّنًا فَهُوَ كَالتَّصْرِيحِ بِالْإِبْهَامِ، وَإِنْ نَوَى بِهِ مُعَيَّنًا؛ فَإِنْ كَانَ الْعَقْدُ مِمَّا لَا يُشْتَرَطُ لَهُ الشَّهَادَةُ صَحَّ، وَإِلَّا فَفِيهِ خِلَافٌ، وَالْإِخْبَارُ تَابِعٌ لِلْإِنْشَاءِ فِي ذَلِكَ، وَيَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: وُرُودُ عَقْدِ النِّكَاحِ عَلَى اسْمٍ لَا يَتَمَيَّزُ مُسَمَّاهُ وَلَا يَصِحُّ. فَلَوْ قَالَ: زَوَّجْتُكَ بِنْتِي، وَلَهُ بَنَاتٌ، لَمْ يَصِحَّ.

وَأَمَّا إِنْ عَيَّنَا فِي الْبَاطِنِ وَاحِدَةً، وَعَقَدَا الْعَقْدَ عَلَيْهَا بِاسْمٍ غَيْرِ مُمَيِّزٍ، نَحْوَ أَنْ يَقُولَ: بِنْتِي وَلَهُ بَنَاتٌ، أَوْ يُسَمِّيَهَا بِاسْمٍ وَيَنْوِيَا فِي الْبَاطِنِ غَيْرَ مُسَمَّاهُ، فَفِي الصِّحَّةِ وَجْهَانِ؛ اخْتَارَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ الصِّحَّةَ، وَأَبُو الْخَطَّابِ وَالْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ آخَرَ الْبُطْلَانَ، وَمَأْخَذُهُ أَنَّ النِّكَاحَ يُشْتَرَطُ لَهُ الشَّهَادَةُ وَيَتَعَذَّرُ الْإِشْهَادُ عَلَى النِّيَّةِ.

وَعَنْ أَبِي حَفْصٍ الْعُكْبَرِيِّ إِنْ كَانَتِ الْمُسَمَّاةُ غَلَطًا لَا يَحِلُّ نِكَاحُهَا؛ لِكَوْنِهَا مُزَوَّجَةً، أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ، صَحَّ النِّكَاحُ وَإِلَّا فَلَا.

فَلَوْ وَقَعَ مِثْلُ هَذَا فِي غَيْرِ النِّكَاحِ مِمَّا لَا يُشْتَرَطُ لَهُ الشَّهَادَةُ، فَإِنْ قُلْنَا فِي النِّكَاحِ: يَصِحُّ فَفِي غَيْرِهِ أَوْلَى، وَإِنْ قُلْنَا فِي النِّكَاحِ: لَا يَصِحُّ فَمُقْتَضَى تَعْلِيلِ مَنْ عَلَّلَ بِاشْتِرَاطِ الشَّهَادَةِ أَنْ يَصِحَّ فِي غَيْرِهِ مِمَّا لَا يُعْتَبَرُ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ لِصِحَّتِهَا.

وَمِنْهَا: الْوَصِيَّةُ لِجَارِهِ مُحَمَّدٍ، وَلَهُ جَارَانِ بِهَذَا الِاسْمِ، فَلَهُ حَالَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنْ يُعْلَمَ بِقَرِينَةٍ أَوْ غَيْرِهَا أَنَّهُ أَرَادَ وَاحِدًا مِنْهُمَا مُعَيَّنًا، وَأَشْكَلَ

عَلَيْنَا مَعْرِفَتُهُ، فَهَاهُنَا يَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِغَيْرِ تَرَدُّدٍ، وَيَخْرُجُ الْمُسْتَحِقُّ مِنْهُمَا بِالْقُرْعَةِ عَلَى قِيَاسِ المَذْهَبِ فِي اشْتِبَاهِ المُسْتَحِقِّ لِلْمَالِ بِغَيْرِهِ مِنَ الزَّوْجَةِ المُطَلَّقَةِ، وَالسِّلْعَةِ المَبِيعَةِ وَغَيْرِهِمَا.

وَالحَالَةُ الثَّانِيَةُ: أَنْ يُطَلِّقَ، وَقَدْ يَذْهَلُ عَنْ تَعْيِينِ أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ، فَهُوَ كَالْوَصِيَّةِ لِأَحَدِهِمَا مُبْهَمًا، وَكَذَلِكَ حَكَى الْأَصْحَابُ فِي الصِّحَّةِ رِوَايَتَيْنِ، وَلَكِنَّ المَنْصُوصَ عَنْ أَحْمَدَ الصِّحَّةُ.

قَالَ صَالِحٌ: سَأَلْتُ أَبِي عَنْ رَجُلٍ مَاتَ وَلَهُ ثَلَاثَةُ غِلْمَانٍ، ثَلَاثَتُهُمُ اسْمُهُمْ فَرَجٌ، فَوَصَّى عِنْدَ مَوْتِهِ فَقَالَ: فَرَجٌ حُرٌّ، وَفَرَجٌ لَهُ مِائَةٌ، وَفَرَجٌ لَيْسَ لَهُ شَيْءٌ. قَالَ أَبِي: يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ، فَمَنْ أَصَابَتْهُ الْقُرْعَةُ فَهُوَ حُرٌّ، وَأَمَّا صَاحِبُ المِائَةِ فَلَا شَيْءَ لَهُ، وَذَلِكَ أَنَّهُ عَبْدٌ، وَالْعَبْدُ هُوَ وَمَالُهُ لِسَيِّدِهِ. وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى الصِّحَّةِ مَعَ اشْتِرَاكِ الِاسْمِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا عَلَّلَ الْبُطْلَانَ هَهُنَا لِكَوْنِهِ عَبْدًا، فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ حُرًّا لَاسْتَحَقَّ، وَزَعَمَ صَاحِبُ المُغْنِي أَنَّ رِوَايَةَ صَالِحٍ تَدُلُّ عَلَى بُطْلَانِ الْوَصِيَّةِ، وَخَالَفَهُ صَاحِبُ المُحَرَّرِ.

وَنَقَلَ حَنْبَلٌ: قَالَ أَبُو عَبْدِ اللهِ فِي رَجُلٍ لَهُ غُلَامَانِ اسْمُهُمَا وَاحِدٌ، فَأَوْصَى عِنْدَ مَوْتِهِ فَقَالَ: فُلَانٌ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي، لِأَحَدِ الْغُلَامَيْنِ، وَلَهُ مِائَتَا دِرْهَمٍ، وَفُلَانٌ لَيْسَ هُوَ حُرٌّ، وَاسْمُهُمَا وَاحِدٌ، فَقَالَ: يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا، فَمَنْ أَصَابَتْهُ الْقُرْعَةُ فَهُوَ حُرٌّ، وَأَمَّا صَاحِبُ المِائَتَيْنِ فَلَيْسَ لَهُ شَيْءٌ، وَذَلِكَ أَنَّهُ عَبْدٌ، وَالْعَبْدُ وَمَالُهُ لِسَيِّدِهِ، وَهَذِهِ لَا تَدُلُّ عَلَى مِثْلِ مَا دَلَّتْ عَلَيْهِ رِوَايَةُ صَالِحٍ، لَكِنَّ السُّؤَالَ يَقْتَضِي أَنَّ المُوصَى لَهُ بِالمِائَتَيْنِ هُوَ الْعَتِيقُ، وَالجَوَابُ يَدُلُّ عَلَى خِلَافِهِ.

وَمِنْ ثَمَّ زَعَمَ صَاحِبُ المُحَرَّرِ أَنَّهَا تَدُلُّ عَلَى بُطْلَانِ الْوَصِيَّةِ لِلْإِبْهَامِ، وَلَيْسَ

كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا عَلَّلَ بِكَوْنِهِ عَبْدًا لَمْ يُعْتَقْ، وَتَأَوَّلَـهَا الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَمْ تَصِحَّ لِكَوْنِهِ عَبْدًا حَالَ الْإِيصَاءِ، وَلَا يَكْفِي حُرِّيَّتُهُ حَالَ الِاسْتِحْقَاقِ، وَعَلَى هَذَا فَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِأُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرِ، وَهُوَ ضَعِيفٌ جِدًّا.

وَجَوَابُ أَحْمَدَ إِنَّمَا يَتَنَزَّلُ عَلَى أَنَّ الْمُوصَى لَهُ بِالدَّرَاهِمِ غَيْرُ الْمُعْتَقِ. وَنَقَلَ يَعْقُوبُ بْنُ بختَانَ أَنَّ أَبَا عَبْدِ اللهِ سَأَلَ عَنْ رَجُلٍ لَهُ ثَلَاثَةُ غِلْمَانٍ، اسْمُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فَرَجٌ، فَقَالَ: فَرَجٌ حُرٌّ، وَلِفَرَجٍ مِائَةُ دِرْهَمٍ.

قَالَ: يُقْـرَعُ بَيْنَهُمْ، فَمَنْ خَرَجَ سَهْمُهُ فَهُـوَ حُـرٌّ، وَالَّذِي أَوْصَى لَهُ بِالْمِائَةِ لَا شَيْءَ لَهُ؛ لِأَنَّ هَذَا مِيرَاثٌ، وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ مِنْ جِنْسِ مَا قَبْلَهَا، حَيْثُ عَلَّلَ فِيهَا بِبُطْلَانِ الْوَصِيَّةِ بِكَوْنِ الْعَبْدِ الْمُوصَى لَهُ مِيرَاثًا لِلْوَرَثَةِ.

فَهَذِهِ الرِّوَايَاتُ الَّتِي سَاقَهَا الْخَلَّالُ فِي الْجَامِعِ، وَكُلُّهَا دَالَّةٌ عَلَى الصِّحَّةِ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي، وَسَاقَهَا أَبُو بَكْرٍ فِي الشَّافِي عَلَى أَنَّ الْمُوصَى لَهُ بِالدَّرَاهِمِ هُوَ الْمُعْتَقُ، وَأَنَّ أَحْمَدَ صَحَّحَ الْوَصِيَّةَ لَهُ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ، وَأَبْطَلَهَا فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ، قَالَ أَبُو بَكْرٍ: وَبِالصِّحَّةِ أَقُولُ.

وَفِي الْخَلَّالِ أَيْضًا عَنْ مُهَنَّا أَنَّ أَحْمَدَ قَالَ فِي رَجُلَيْنِ شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَوْصَى عِنْدَ مَوْتِهِ لِفُلَانِ بْنِ فُلَانٍ مِنْ أَصْحَابِ فُلَانٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ، أَوْ أَحَالَهُ بِهَا، وَالشُّهُودُ لَا يَعْرِفُونَ فُلَانَ بْنَ فُلَانٍ، كَيْفَ يَصْنَعُونَ وَقَدْ مَاتَ الرَّجُلُ؟

قَالَ: يَنْظُرُونَ فِي أَصْحَابِ فُلَانٍ فِيهِمْ فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ مِنْ أَصْحَابِ فُلَانٍ؟ قُلْتُ: فَإِنْ جَاءَ رَجُلَانِ فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: أَنَا فُلَانُ بْنُ فُلَانٍ مِنْ أَصْحَابِ فُلَانٍ، قَالَ: فَلَا يَدْفَعُ إِلَيْهِمَا شَيْئًا حَتَّى يَكُونَ رَجُلٌ وَاحِدٌ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ أَحْمَدَ

لَمْ يَتَوَقَّفْ فِي الدَّفعِ إِلَّا لِيَتَيَقَّنَ الْمُسْتَحِقَّ مِنْ غَيْرِهِ، لَا لِصِحَّةِ الْوَصِيَّةِ، فَإِنَّهَا هَهُنَا لِمُعَيَّنٍ فِي نَفْسٍ، وَإِنَّمَا اشْتُبِهَ عَلَيْنَا لِاشْتِرَاكِ الِاسْمَيْنِ، فَلِذَلِكَ وُقِفَ الدَّفْعُ عَلَى مَعْرِفَةِ عَيْنِ الْمُسْتَحِقِّ إِذَا رُجِيَ انْكِشَافُ الحَالِ، وَأَمَّا مَعَ الْإِيَاسِ مِنْ ذَلِكَ فَيَتَعَيَّنُ تَعْيِينَ الْمُسْتَحِقِّ بِالْقُرْعَةِ، قَالَهُ بَعْضُ الْأَصْحَابِ الْمُتَقَدِّمِينَ، وَهُوَ الحَقُّ.

وَمِنْهَا: اشْتِبَاهُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ إِذَا كَتَبَ الْقَاضِي إِلَى قَاضِي بَلَدٍ آخَرَ أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ الْمُسَمَّى الْمَوْصُوف كَذَا. فَأَحْضَرَهُ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ بِالصِّفَةِ وَالنَّسَبِ، فَادَّعَى أَنَّ لَهُ مُشَارِكًا فِي ذَلِكَ، وَلَمْ يَثْبُتْ حُكْمٌ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَثْبَتَ أَنَّ لَهُ مُشَارِكًا فِي الِاسْمِ وَالصِّفَةِ وَالنَّسَبِ وُقِفَ حَتَّى يُعْلَمَ الخَصْمُ مِنْهُمَا، وَلَمْ يَجُزِ الْقَضَاءُ مَعَ عَدَمِ الْعِلْمِ.

أَمَّا لَوْ كَانَ الْمُدَّعِي الْمَكْتُوبُ فِيهِ حَيَوَانًا أَوْ عَبْدًا مَوْصُوفًا وَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ مُشَارِكٌ فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَشْهَرُهُمَا: أَنَّهُ يُسَلَّمُ إِلَى الْمُدَّعِي مَخْتُوم الْعُنُقِ، وَيُؤْخَذُ مِنْهُ كَفِيلٌ حَتَّى يَأْتِيَ الْقَاضِي الْكَاتِب فَيَشْهَدَ الشُّهُودُ عَلَى عَيْنِهِ وَيُقْضَى لَهُ بِهِ، وَإِنْ لم يَشْهَدُوا عَلَى عَيْنِهِ وَجَبَ رَدُّهُ إِلَى الحَاكِمِ الَّذِي سَلَّمَهُ، وَيَكُونُ فِي ضَمَانِ الَّذِي أَخَذَهُ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِغَيْرِ اسْتِحْقَاقٍ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: لَا يُسَلَّمُ إِلَّا بِالشَّهَادَةِ عَلَى عَيْنِهِ.

وَالْفَرْقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الَّتِي قَبْلَهَا: أَنَّ الحُرَّ قَدْ طَابَقَ قَوْل الْمُدَّعِي اسْمه وَنَسَبه وَصِفَته، فَيَبْعُدُ الِاشْتِرَاكُ، وَالْعَبْدُ وَالحَيَوَانُ إِنَّمَا حَصَلَ الِاتِّفَاقُ فِي وَصْفِهِ أَوْ فِي وَصْفِهِ وَاسْمِهِ، وَالْوَصْفُ كَثِيرُ الِاشْتِبَاهِ وَكَذَلِكَ الِاسْمُ.

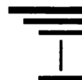
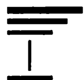
وَنَظِيرُ هَذَا مَا ذَكَرُوهُ فِي شَهَادَةِ الْأَعْمَى أَنَّهُ إِنْ عَرَفَ الْمَشْهُودَ عَلَيْهِ بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ، وَإِنْ عَرَفَهُ بِرُؤْيَتِهِ قَبْلَ عَمَاهُ فَوَصَفَهُ فَفِي قَبُولِهَا وَجْهَانِ؛ لِأَنَّ الْوَصْفَ الْمُجَرَّدَ يَحْصُلُ فِيهِ الِاشْتِرَاكُ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ لَهُ ابْنَتَانِ اسْمُهُمَا وَاحِدٌ، فَوَهَبَ لِإِحْدَاهُمَا شَيْئًا، أَوْ أَقَرَّ لَهَا ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يُبَيِّنْ، فَقَالَ الْقَاضِي فِي بَعْضِ تَعَالِيقِهِ: قِيَاسُ الْمَذْهَبِ إِخْرَاجُ الْمُسْتَحِقَّةِ مِنْهُمَا بِالْقُرْعَةِ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ زَوَّجَ إِحْدَى بَنَاتِهِ ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يُبَيِّنْ، وَهَذَا صَحِيحٌ؛ لِأَنَّ الْهِبَةَ وَالْإِقْرَارَ هُنَا وَقَعَ لِمَعْنًى فِي الْبَاطِنِ، وَإِنَّمَا أَشْكَلَ عَلَيْنَا الْوُقُوفُ عَلَيْهِ فَيُمَيَّزُ بِالْقُرْعَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وُجِدَ فِي كِتَابِ وَقْفٍ أَنَّ رَجُلًا وَقَفَ عَلَى فُلَانٍ وَبَنِي بَنِيهِ، وَاشْتَبَهَ هَلِ الْمُرَادُ بَنِي بَنِيهِ جَمْعُ ابْنٍ، أَوْ بَنِي بِنْتِهِ وَاحِدَةُ الْبَنَاتِ، قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُنُونِهِ: يَكُونُ بَيْنَهُمَا عِنْدَنَا لِتُسَاوِيهِمَا كَمَا فِي تَعَارُضِ الْبَيِّنَاتِ.

قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: لَيْسَ هَذَا تَعَارُضَ الْبَيِّنَتَيْنِ، بَلْ هُوَ بِمَنْزِلَةِ تَرَدُّدِ الْبَيِّنَةِ الْوَاحِدَةِ، وَلَوْ كَانَ مِنْ تَعَارُضِ الْبَيِّنَتَيْنِ فَالْقِسْمَةُ عِنْدَ التَّعَارُضِ رِوَايَةٌ مَرْجُوحَةٌ، وَإِلَّا فَالصَّحِيحُ إِمَّا التَّسَاقُطُ وَإِمَّا الْقُرْعَةُ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقْرَعَ هَاهُنَا؛ لِأَنَّ الْحَقَّ ثَبَتَ لِإِحْدَى الْجِهَتَيْنِ وَلَمْ يُعْلَمْ عَيْنُهَا، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرَجَّحَ بَنُو الْبَنِينَ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ أَنَّ الْإِنْسَانَ إِذَا وَقَفَ عَلَى وَلَدِ بَنِيهِ لَا يَخُصُّ مِنْهُمَا الذُّكُورَ، بَلْ يَعُمُّ أَوْلَادَهُمَا، بِخِلَافِ الْوَقْفِ عَلَى وَلَدِ الذُّكُورِ فَإِنَّهُ يَخُصُّ ذُكُورَهُمْ كَثِيرًا كَآبَائِهِمْ، وَلِأَنَّهُ لَوْ أَرَادَ وَلَدَ الْبِنْتِ لَسَمَّاهَا بِاسْمِهَا، أَوْ لَشَرِكَ بَيْنَ وَلَدِهَا وَوَلَدِ سَائِرِ بَنَاتِهِ. قَالَ: وَهَذَا أَقْرَبُ إِلَى الصَّوَابِ. وَأَفْتَى رَحِمَهُ اللَّهُ فِيمَنْ وَقَفَ عَلَى أَحَدِ أَوْلَادِهِ وَلَهُ عِدَّةُ أَوْلَادٍ وَجُهِلَ اسْمُهُ أَنَّهُ يُمَيَّزُ بِالْقُرْعَةِ.



الْقَاعِدَةُ السَّادِسَةُ بَعْدَ المِائَةِ

يَنْزِل المَجْهُولُ مَنْزِلَةَ المَعْدُومِ، وَإِنْ كَانَ الْأَصْلُ بَقَاءَهُ، إِذَا يَئِسَ مِنَ الْوُقُوفِ عَلَيْهِ أَوْ شَقَّ اعْتِبَارُهُ، وَذَلِكَ فِي مَسَائِلَ:

مِنْهَا: الزَّائِدُ عَلَى مَا تَجْلِسُهُ المُسْتَحَاضَةُ مِنْ أَقَلِّ الحَيْضِ أَوْ غَالِبِهِ إِلَى مُنْتَهَى أَكْثَرِهِ، حُكْمُهُ حُكْمُ المَعْدُومِ، حَيْثُ حَكَمْنَا فِيهَا لِلْمَرْأَةِ بِأَحْكَامِ الطَّاهِرَاتِ كُلِّهَا، فَإِنَّ مُدَّةَ الِاسْتِحَاضَةِ تَطُولُ، وَلَا غَايَةَ لَـهَا تُنْتَظَرُ، بِخِلَافِ الزَّائِدِ عَلَى الْأَقَلِّ فِي حَقِّ المُبْتَدَأَةِ عَلَى ظَاهِرِ المَذْهَبِ، حَيْثُ تَقْضِي الصَّوْمَ الْوَاقِعَ فِيهِ قَبْلَ ثُبُوتِ الْعَادَةِ بِالتَّكْرَارِ؛ لِأَنَّ أَمْرَهُ يَنْكَشِفُ بِالتَّكْرَارِ عَنْ قُرْبٍ. وَكَذَلِكَ النِّفَاسُ المَشْكُوكُ فِيهِ تَقْضِي فِيهِ الصَّوْمَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَكَرَّرُ.

وَمِنْهَا: اللُّقَطَةُ بَعْدَ الحَوْلِ، فَإِنَّهَا تَتَمَلَّكُ لِجَهَالَةِ رَبِّهَا، وَمَا لَا يُتَمَلَّكُ مِنْهَا يُتَصَدَّقُ بِهِ عَنْهُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَكَذَلِكَ الْوَدَائِعُ وَالْغُصُوبُ وَنَحْوُهَا.

وَمِنْهَا: مَالُ مَنْ لَا يُعْلَمُ لَهُ وَارِثٌ، فَإِنَّهُ يُوضَعُ فِي بَيْتِ المَالِ كَالضَّائِعِ، مَعَ أَنَّهُ لَا يَخْلُو مِنْ بَنِي عَمٍّ أَعْلَى؛ إِذِ النَّاسُ كُلُّهُمْ بَنُو آدَمَ، فَمَنْ كَانَ أَسْبَقَ إِلَى الِاجْتِمَاعِ مَعَ المَيِّتِ فِي أَبٍ مِنْ آبَائِهِ فَهُوَ عَصَبَتُهُ، وَلَكِنَّهُ مَجْهُولٌ، فَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ حُكْمٌ، وَجَازَ صَرْفُ مَالِهِ فِي المَصَالِحِ.

وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ لَهُ مَوْلًى مُعْتَقٌ لَوَرِثَهُ فِي هَذِهِ الحَالَةِ، وَلَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى هَذَا المَجْهُولِ.

وَلَنَا رِوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّهُ يَنْتَقِلُ إِلَى بَيْتِ المَالِ إِرْثًا لِهَذَا المَعْنَى. فَإِنْ أُرِيدَ أَنَّ اشْتِبَاهَ الْوَارِثِ بِغَيْرِهِ يُوجِبُ الحُكْمَ بِالْإِرْثِ لِلْكُلِّ فَهُوَ مُخَالِفٌ لِقَوَاعِدِ المَذْهَبِ، وَإِنْ أُرِيدَ أَنَّهُ إِرْثٌ فِي الْبَاطِنِ لِمُعَيَّنٍ فَيُحْفَظُ مِيرَاثُهُ فِي بَيْتِ المَالِ، ثُمَّ يُصْرَفُ فِي المَصَالِحِ لِلْجَهْلِ بِمُسْتَحِقِّهِ عَيْنًا، فَهُوَ وَالْأَوَّلُ بِمَعْنًى وَاحِدٍ.

وَيَنْبَنِي عَلَى ذَلِكَ مَسْأَلَةُ اقْتِصَاصِ الْإِمَامِ مِمَّنْ قَتَلَ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ، وَفِي المَسْأَلَةِ وَجْهَانِ:

مِنْهُمْ مَنْ بَنَاهُمَا عَلَى أَنَّ بَيْتَ المَالِ هَلْ هُوَ وَارِثٌ أَمْ لَا؟

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لَا يَنْبَنِي عَلَى ذَلِكَ، ثُمَّ لَـهُمْ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لَا يُقْتَصُّ، وَلَوْ قُلْنَا بِأَنَّهُ وَارِثٌ؛ لِأَنَّ فِي المُسْلِمِينَ الصَّبِيُّ وَالمَجْنُونُ وَالْغَائِبُ، وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي الخَطَّابِ.

وَالثَّانِي: يَجُوزُ الِاقْتِصَاصُ، وَإِنْ قُلْنَا: لَيْسَ بِوَارِثٍ؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ الْإِمَامِ وَنَظَرَهُ فِي المَصَالِحِ قَائِمٌ مَقَامَ الْوَارِثِ، وَهُوَ مَأْخَذُ ابْنِ الزَّاغُونِيِّ.

وَمِنْهَا: إِذَا اشْتَبَهَتْ أُخْتُهُ بِنِسَاءِ أَهْلِ مِصْرٍ، جَازَ لَهُ الْإِقْدَامُ عَلَى النِّكَاحِ مِنْ نِسَائِهِ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى التَّحَرِّي فِي ذَلِكَ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ.

وَكَذَلِكَ لَوِ اشْتَبَهَتْ مَيْتَةٌ بِلَحْمِ أَهْلِ مِصْرٍ أَوْ قَرْيَةٍ، أَوِ اشْتَبَهَ حَرَامٌ قَلِيلٌ بِمُبَاحٍ كَثِيرٍ، وَنَحْوُ ذَلِكَ، إِلَّا أَنْ يَكْثُرَ الحَرَامُ وَيَغْلِبَ فَيُخَرَّجُ المَسْأَلَةَ عَلَى تَعَارُضِ الْأَصْلِ، وَالظَّاهِرِ كَثِيَابِ الْكُفَّارِ وَأَوَانِيهِمْ.

وَمِنْهَا: طِينُ الشَّوَارِعِ مَحْكُومٌ بِطَهَارَتِهِ عَلَى الصَّحِيحِ المَنْصُوصِ.

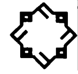
وَمِنْهَا: إِذَا طَلَّقَ وَاحِدَةً مِنْ نِسَائِهِ وَأُنْسِيَهَا، فَإِنَّهَا تُمَيَّزُ بِالْقُرْعَةِ، وَيَحِلُّ لَهُ وَطْءُ الْبَوَاقِي عَلَى الْمَذْهَبِ الصَّحِيحِ الْمَشْهُورِ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَعْتَقَ وَاحِدَةً مِنْ إِمَائِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَحْرَمَ بِنُسُكٍ وَأُنْسِيَهُ ثُمَّ عَيَّنَهُ بِقِرَانٍ، فَإِنَّهُ يُجْزِئُهُ عَنِ الحَجِّ، وَهَلْ يُجْزِئُهُ عَنِ الْعُمْرَةِ؟ وَجْهَيْنِ:

أَشْهَرُهُمَا عِنْدَ الْمُتَأَخِّرِينَ: لَا يُجْزِئُهُ؛ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ أَحْرَمَ بِحَجٍّ أَوْ لَا، ثُمَّ أَدْخَلَ عَلَيْهِ الْعُمْرَةَ بِنِيَّةِ الْقِرَانِ، فَلَا تَصِحُّ عُمْرَتُهُ.

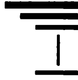
وَالثَّانِي: يُجْزِئُهُ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُمْنَعُ مِنْ إِدْخَالِ الْعُمْرَةِ عَلَى الحَجِّ مَعَ الْعِلْمِ، فَأَمَّا مَعَ عَدَمِهِ فَلَا؛ تَنْزِيلًا لِلْمَجْهُولِ كَالْمَعْدُومِ، فَكَأَنَّهُ ابْتَدَأَ الْإِحْرَامَ بِهِمَا مِنْ حِينِ التَّعْيِينِ.

⁂



الْقَاعِدَةُ السَّابِعَةُ بَعْدَ الْمِائَةِ





تَمْلِيكُ الْمَعْدُومِ وَالْإِبَاحَةُ لَهُ نَوْعَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ، فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ، فَيَصِحُّ فِي الْوَقْفِ وَالْإِجَازَةِ، وَهَذَا إِذَا صَرَّحَ بِدُخُولِ الْمَعْدُومِ.

فَأَمَّا إِنْ لَمْ يُصَرِّحْ، وَكَانَ الْمَحَلُّ لَا يَسْتَلْزِمُ الْمَعْدُومَ، فَفِي دُخُولِهِ خِلَافٌ، وَكَذَا لَوِ انْتَقَلَ الْوَقْفُ إِلَى قَوْمٍ فَحَدَثَ مَنْ يُشَارِكُهُمْ

وَيَتَخَرَّجُ عَلَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: الْإِجَازَةُ لِفُلَانٍ وَلِمَنْ يُولَدُ لَهُ، فَإِنَّهَا تَصِحُّ، وَفَعَلَ ذَلِكَ أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي دَاوُد، وَهُوَ مِنْ أَعْيَانِ أَصْحَابِنَا، فَإِنَّهُ أَجَازَ لِشَخْصٍ وَوَلَدِهِ وَلِحَبَلِ الْحَبَلَةِ.

وَمِنْهَا: الْإِجَازَةُ لِمَنْ يُولَدُ لِفُلَانٍ ابْتِدَاءً، فَأَفْتَى الْقَاضِي فِيهَا بِالصِّحَّةِ مُطْلَقًا، نَقَلَهُ عَنْهُ أَبُو بَكْرٍ الْخَطِيبُ. وَقِيَاسُ قَوْلِهِ فِي الْوَقْفِ عَدَمُ الصِّحَّةِ.

وَمِنْهَا: الْوَقْفُ عَلَى مَنْ سَيُولَدُ لَهُ، فَصَرَّحَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ بِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ وَقَفَ عَلَى مَنْ لَا يَمْلِكُ فِي الْحَالِ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ، فَلَمْ يَصِحَّ كَمَا لَوْ وَقَفَ عَلَى الْعَبْدِ.

قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ: الْوَقْفُ إِنَّمَا يَكُونُ أَنْ يُوقِفَهُ عَلَى وَلَدِهِ أَوْ مَنْ يَكُونُ

مِنْ أَقَارِبِهِ، فَإِذَا انْقَرَضُوا فَهُوَ صَدَقَةٌ عَلَى الْمَسَاكِينِ أَوْ مَنْ رَأَى، قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: ظَاهِرُهُ يُعْطَى صِحَّة الْوَقْفِ ابْتِدَاءً عَلَى مَنْ يُولَدُ لَهُ، أَوْ مَنْ يُوجَدُ مِنْ أَقَارِبِهِ، وَهَذَا عِنْدِي وَقْفٌ مُعَلَّقٌ بِشَرْطٍ. انْتَهَى.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُحْمَلَ عَلَى أَنَّ مُرَادَهُ مَنْ يَكُونُ مَوْجُودًا مِنْ أَقَارِبِهِ فَيَكُونُ (كَانَ) نَاقِصَةً وَخَبَرُهَا مَحْذُوفًا.

وَمِنْهَا: الْوَقْفُ عَلَى وَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ أَبَدًا، أَوْ مَنْ يُولَدُ لَهُ، فَيَصِحُّ بِغَيْرِ إِشْكَالٍ، نَصَّ عَلَيْهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ وَلَهُ أَوْلَادٌ مَوْجُودُونَ، ثُمَّ حَدَثَ لَهُ وَلَدٌ آخَرُ، فَفِي دُخُولِهِ رِوَايَتَانِ، وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ دُخُولُهُ فِي الْمَوْلُودِ قَبْلَ تَأْبِيرِ النَّخْلِ، وَقَدْ سَبَقَ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ أَبِي مُوسَى، وَظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ، وَأَفْتَى بِهِ ابْنُ الزَّاغُونِيِّ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ، ثُمَّ عَلَى وَلَدِهِمْ أَبَدًا، عَلَى أَنَّ مَنْ مَاتَ عَنْ وَلَدٍ فَنَصِيبُهُ لِوَلَدِهِ، وَمَنْ مَاتَ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ فَنَصِيبُهُ لِمَنْ فِي دَرَجَتِهِ، فَكَانَ فِي دَرَجَتِهِ عِنْدَ مَوْتِهِ اثْنَانِ مَثَلًا، فَتَنَاوَلَا نَصِيبَهُ، ثُمَّ حَدَثَ ثَالِثٌ، فَهَلْ يُشَارِكُهُمْ؟

يُخَرَّجُ فِيهِ وَجْهَانِ مِنَ الَّتِي قَبْلَهَا، وَالدُّخُولُ هُنَا أَوْلَى، وَبِهِ أَفْتَى الشَّيْخُ شَمْسُ الدِّينِ بْنُ أَبِي عُمَرَ الْمَقْدِسِيُّ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ عَلَى الْأَوْلَادِ قَدْ يُلْحَظُ فِيهِمْ أَعْيَانُ الْمَوْجُودِينَ عِنْدَ الْوَقْفِ، بِخِلَافِ الدَّرَجَةِ وَالطَّبَقَةِ، فَإِنَّهُ لَا يُلْحَظُ فِيهِ إِلَّا مُطْلَقُ الجِهَةِ، وَعَلَى هَذَا فَلَوْ حَدَثَ مَنْ هُوَ أَعْلَى مِنَ الْمَوْجُودِينَ، وَكَانَ فِي الْوَقْفِ اسْتِحْقَاقُ الْأَعْلَى فَالْأَعْلَى، فَإِنَّهُ يَفْتَرِعُهُ مِنْهُمْ.

وَأَمَّا حُكْمُ الْوَصِيَّةِ فَإِنَّهَا لَا تَصِحُّ لِمَعْدُومٍ بِالْأَصَالَةِ، كَمَنْ أَوْصَى بِحَمْلِ هَذِهِ الجَارِيَةِ، صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ، وَفِي دُخُولِ المُتَجَدِّدِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ وَقَبْلَ مَوْتِ المُوصِي رِوَايَتَانِ.

وَذَكَرَ الْقَاضِي فِيمَنْ وَصَّى لِمَوَالِيهِ وَلَهُ مُدَبَّرُونَ وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادٍ أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ، وَعَلَّلَ بِأَنَّهُمْ مَوَالٍ حَالَ المَوْتِ، وَالْوَصِيَّةُ تُعْتَبَرُ بِحَالِ المَوْتِ، وَخَرَّجَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ عَلَى الخِلَافِ فِي المُتَجَدِّدِ بَيْنَ الْوَصِيَّةِ وَالمَوْتِ.

قَالَ: بَلْ هَذَا مُتَجَدِّدٌ بَعْدَ المَوْتِ، فَمَنْعُهُ أَوْلَى، وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ يَتَوَجَّهُ إِنْ عَلَّقْنَا الْوَصِيَّةَ بِصِدْقِ الِاسْمِ.

فَأَمَّا إِنْ كَانَ قَصْدُ المُوصِي الْوَصِيَّةَ لِأَعْيَانِ رَقِيقِهِ، وَسَمَّاهُمْ بِاسْمٍ يَحْدُثُ لَهُمْ، فَإِنَّهُمْ يَسْتَحِقُّونَ الْوَصِيَّةَ بِغَيْرِ تَوَقُّفٍ.

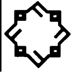
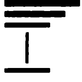
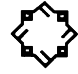
وَأَفْتَى الشَّيْخُ أَيْضًا بِدُخُولِ المَعْدُومِ فِي الْوَصِيَّةِ تَبَعًا، كَمَنْ وَصَّى بِغَلَّةِ ثَمَرِهِ لِلْفُقَرَاءِ إِلَى أَنْ يَحْدُثَ لِوَلَدِهِ وَلَدٌ فَيَكُونُ، وَهُوَ لَهُ قَرِيبٌ مِنْ تَعْلِيقِ الْوَصِيَّةِ بِشَرْطٍ آخَرَ بَعْدَ المَوْتِ.

وَالمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ أَحْمَدَ بْنِ الحُسَيْنِ بْنِ حَسَّانَ فِيمَنْ أَوْصَى أَنْ يُتَصَدَّقَ فِي سِكَّةِ فُلَانٍ بِكَذَا وَكَذَا، فَسَكَنَهَا قَوْمٌ بَعْدَ مَوْتِ المُوصِي، قَالَ: إِنَّمَا كَانَتِ الْوَصِيَّةُ لِلَّذِينَ كَانُوا، ثُمَّ قَالَ: مَا أَدْرِي كَيْفَ هَذَا؟ قِيلَ لَهُ: فَيُشْبِهُ هَذَا الْكُورَةَ؟ قَالَ: لَا، الْكُورَةُ وَكَثْرَةُ أَهْلِهَا خِلَافُ هَذَا المَعْنَى، يَنْزِلُ قَوْمٌ وَيَخْرُجُ قَوْمٌ، يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ.

فَفَرَّقَ بَيْنَ الْكُورَةِ وَالسِّكَّةِ؛ لِأَنَّ الْكُورَةَ لَا يَلْحَظُ المُوصِي فِيهَا قَوْمًا مُعَيَّنِينَ؛

لِعَدَمِ انْحِصَارِ أَهْلِهَا، وَإِنَّمَا المُرَادُ تَفْرِيقُ الْوَصِيَّةِ المُوصَى بِهَا، فَيَسْتَحِقُّ المُتَجَدِّدُ فِيهَا، بِخِلَافِ السِّكَّةِ؛ فَإِنَّهُ قَدْ يُلْحَظُ أَعْيَانُ سُكَّانِهَا المَوْجُودِينَ لِحَصْرِهِمْ، ويُفَارِقُ الْوَقْفُ فِي ذَلِكَ الْوَصِيَّةَ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ تَحْبِيسٌ وَتَسْبِيلٌ يَتَنَاوَلُ المُتَجَدِّدَ مِنَ الطِّبَاقِ، فَكَذَا الطَّبَقَةُ الْوَاحِدَةُ، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ فَإِنَّهَا تَمْلِيكٌ، فَيَسْتَدْعِي مَوْجُودًا فِي الحَالِ.




الْقَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ بَعْدَ المِائَةِ



مَا جُهِلَ وُقُوعُهُ مُتَرَتِّبًا أَوْ مُتَقَارِنًا، هَلْ يُحْكَمُ عَلَيْهِ بِالتَّقَارُنِ أَوْ بِالتَّعَاقُبِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَالْمَذْهَبُ الحُكْمُ بِالتَّعَاقُبِ؛ لِبُعْدِ التَّقَارُنِ، وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ ذَلِكَ صُوَرٌ:

مِنْهَا: المُتَوَارِثَانِ إِذَا مَاتَا جُمْلَةً بِهَدْمٍ أَوْ غَرَقٍ أَوْ طَاعُونٍ، وَجُهِلَ تَقَارُنُ مَوْتِهِمَا وَتَعَاقُبُهُ، حَكَمْنَا بِتَعَاقُبِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ الْمَشْهُورِ، وَوَرَّثْنَا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْآخَرِ مِنْ تِلَادِ مَالِهِ دُونَ مَا وَرِثَهُ مِنْ صَاحِبِهِ.

وَخَرَّجَ أَبُو الخَطَّابِ رِوَايَةً أُخْرَى بِعَدَمِ التَّوَارُثِ لِلشَّكِّ فِي شَرْطِهِ.

وَكَذَلِكَ لَوْ عَلِمَ سَبْقَ أَحَدِهِمَا بِالْمَوْتِ وَجَهِلَ عَيْنَهُ، أَوْ عَلِمَ عَيْنَهُ ثُمَّ نَسِيَ عَلَى الْمَذْهَبِ، لَكِنْ هَذَا يَسْتَنِدُ إِلَى أَنَّ تَيَقُّنَ الحَيَاةِ لَا يُشْتَرَطُ لِلتَّوْرِيثِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أُقِيمَ فِي المِصْرِ جُمُعَتَانِ لِغَيْرِ حَاجَةٍ، وَشَكَّ هَلْ أَحْرَمَ بِهِمَا مَعًا فَيُبْطَلَانِ وَتُعَادُ الجُمُعَةُ، أَوْ أَحْرَمَ بِهِمَا مُتَرَتِّبَتَيْنِ فَتُصَلَّى الظُّهْرُ؟ عَلَى الْوَجْهَيْنِ، أَصَحُّهُمَا تُعَادُ الظُّهْرُ؛ لِأَنَّ التَّقَارُنَ مُسْتَبْعَدٌ، وَعَلَى الثَّانِي تُعَادُ الجُمُعَةُ؛ إِمَّا لِاحْتِمَالِ الْمُقَارَنَةِ، أَوْ تَنْزِيلًا لِلْمَجْهُولِ كَالْمَعْدُومِ.

وَمِنْهَا: إِذَا زَوَّجَ وَلِيَّانِ وَجُهِلَ هَلْ وَقَعَ الْعَقْدَانِ مَعًا فَيَبْطُلَانِ أَوْ مُتَرَتِّبَيْنِ فَيُصَحَّحُ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ؟ فَفِيهِ وَجْهَانِ أَيْضًا:

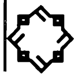
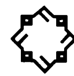
أَحَدُهُمَا: يَبْطُلَانِ لِاحْتِمَالِ التَّقَارُنِ.

وَالثَّانِي: لا؛ لِاسْتِبْعَادِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَسْلَمَ الزَّوْجَانِ الْكَافِرَانِ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَاخْتَلَفَا هَلْ أَسْلَمَا مَعًا أَوْ مُتَعَاقِبَيْنِ، فَهَلِ الْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِي التَّقَارُنِ فَلَا يَنْفَسِخُ النِّكَاحُ، أَوْ مُدَّعِي التَّعَاقُبِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَعَهُ عَلَى وَجْهَيْنِ يَرْجِعَانِ إِلَى تَعَارُضِ الْأَصْلِ وَالظَّاهِرِ.

وَمِنْهَا: إِذَا كَانَ فِي يَدِ رَجُلٍ عَبْدٌ فَادَّعَى رَجُلَانِ كُلًّا مِنْهُمَا أَنَّهُ بَاعَهُ هَذَا الْعَبْدَ بِأَلْفٍ، وَأَقَامَا بِذَلِكَ بَيِّنَتَيْنِ، وَلَمْ يُؤَرِّخَا، فَهَلْ يَصِحُّ الْعَقْدَانِ وَيَلْزَمُهُ الثُّمُنَانِ؛ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ فِي عَقْدَيْنِ فِي وَقْتَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، وَحَدُّ اسْتِرْجَاعِ الْعَبدِ بَيْنَهُمَا، أَوْ يَتَعَارَضُ الْبَيِّنَتَانِ، لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ عَقْدًا وَاحِدًا فَيَسْقُطَانِ، وَالْأَصْلُ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.




القَاعِدَةُ التَّاسِعَةُ بَعْدَ المِائَةِ




المَنْعُ مِنْ وَاحِدٍ مُبْهَمٍ مِنْ أَعْيَانٍ أَوْ مُعَيَّنٍ مُشْتَبِهَةٍ بِأَعْيَانٍ: يُؤَثِّرُ الِاشْتِبَاهُ فِيهَا المَنْعَ بِمَنْعِ التَّصَرُّفِ فِي تِلْكَ الأَعْيَانِ قَبْلَ تَمْيِيزِهِ.

وَالمَنْعُ مِنَ الجَمْعِ يمْنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي الْقَدْرِ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ الجَمْعُ خَاصَّةً.

فَإِنْ حَصَلَ الجَمْعُ دَفْعَةً وَاحِدَةً مُنِعَ مِنَ الجَمِيعِ مَعَ التَّسَاوِي؛ فَإِنْ كَانَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا مَزِيَّةٌ عَلَى غَيْرِهِ، بِأَنْ يَصِحَّ وُرُودُهُ عَلَى غَيْرِهِ وَلَا عَكْس، اخْتَصَّ الْفَسَادُ بِهِ عَلَى الصَّحِيحِ.

وَالمَنْعُ مِنَ الْقَدْرِ المُشْتَرَكِ كَالمَنْعِ مِنَ الجَمِيعِ يَقْتَضِي الْعُمُومَ، فَلِلْأَوَّلِ أَمْثِلَةٌ:

مِنْهَا: إِذَا طَلَّقَ وَاحِدَةً مُبْهَمَةً، مُنِعَ مِنْ وَطْءِ زَوْجَاتِهِ حَتَّى يُمَيِّزَ بِالْقُرْعَةِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَحَكَى رِوَايَةً أُخْرَى أَنَّهُ يُمَيِّزُهَا بِتَعْيِينِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَعْتَقَ أَمَةً مِنْ إِمَائِهِ مُبْهَمَةً، مُنِعَ مِنْ وَطْءِ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ حَتَّى تُمَيَّزَ المُعْتَقَةُ بِالْقُرْعَةِ، وَفِيهِ وَجْهٌ بِالتَّعْيِينِ.

وَمِنْهَا: إِذَا اشْتَبَهَتِ المُطَلَّقَةُ ثَلَاثًا بِزَوْجَاتِهِ، مُنِعَ مِنْ وَطْءِ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ حَتَّى يُمَيِّزَ المُطَلَّقَةَ، وَيُمَيِّزُهَا بِالْقُرْعَةِ عَلَى ظَاهِرِ المَذْهَبِ.

وَمِنْهَا: لَوِ اشْتَبَهَتْ أُخْتُهُ بِعَدَدٍ مَحْصُورٍ مِنَ الْأَجْنَبِيَّاتِ، مُنِعَ مِنَ التَزَوُّجِ بِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ حَتَّى يَعْلَمَ أُخْتَهُ مِنْ غَيْرِهَا.

وَمِنْهَا: إِذَا اشْتَبَهَتْ مَيْتَةٌ بِمُذَكَّاةٍ، فَإِنَّهُ يُمْنَعُ مِنَ الْأَكْلِ مِنْهُمَا حَتَّى يَعْلَمَ الْمُذَكَّاةَ.

وَمِنْهَا: اشْتِبَاهُ الْآنِيَةِ النَّجِسَةِ بِالطَّاهِرَةِ، يُمْنَعُ مِنَ الطَّهَارَةِ بِوَاحِدَةٍ مِنْهَا حَتَّى يَتَبَيَّنَ عَلَى الطَّاهِرِ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ بِالطَّلَاقِ لَا يَأْكُلُ تَمْرَةً فَاخْتَلَطَتْ فِي تَمْرٍ، فَإِنَّهُ يُمْنَعُ مِنْ أَكْلِ تَمْرَةٍ مِنْهُ حَتَّى يَعْلَمَ عَيْنَ التَّمْرَةِ، وَإِنْ كُنَّا لَا نَحْكُمُ عَلَيْهِ بِالْحِنْثِ بِأَكْلِ وَاحِدَةٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ بِطَلَاقِ زَوْجَاتِهِ أَنْ لَا يَطَأَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ، وَنَوَى وَاحِدَةً مُبْهَمَةً، فَإِنَّهُ يُمْنَعُ مِنَ الْوَطْءِ حَتَّى يُمَيِّزَهَا بِالْقُرْعَةِ، وَقِيلَ: بِتَعْيِينِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَعْطَيْنَا الْأَمَانَ لِوَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ حِصْنٍ أَوْ أَسْلَمَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ ثُمَّ تَدَاعَوْهُ، حَرُمَ قَتْلُهُمْ بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَفِي اسْتِرْقَاقِهِمْ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ: أَنَّهُ يَحْرُمُ مَعَ التَّدَاعِي.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَخْرُجُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ بِالْقُرْعَةِ، وَيُرَقُّ الْبَاقُونَ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ وَالْخِرَقِيِّ، وَرَجَّحَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي رِوَايَتِهِ إِلْحَاقًا لَهُ بِاشْتِبَاهِ الْمُعْتَقِ بِغَيْرِهِ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ أَنَّ أَحَدَ هَذَيْنِ الْوَلَدَيْنِ -مِنْ هَذِهِ الْأَمَةِ- وَلَدُهُ، ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يُوجِدْهُ قَافَةٌ، فَإِنَّا نُقْرِعُ لِإِخْرَاجِ الْحُرِّيَّةِ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا حُرَّ الْأَصْلِ، وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ؛ لِأَنَّ أَهْلَ الْحِصْنِ لَمْ يَسْبِقْ لَهُمْ رِقٌّ، فَإِرْقَاقُهُمْ إِلَّا وَاحِدًا يُؤَدِّي إِلَى ابْتِدَاءِ الْإِرْقَاقِ مَعَ الشَّكِّ فِي إِبَاحَتِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ أَحَدُ الْمُشْتَبِهِينَ رَقِيقًا فَأُخْرِجَ غَيْرُهُ بِالْقُرْعَةِ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يُسْتَدَامُ الرِّقُّ مَعَ الشَّكِّ فِي زَوَالِهِ.

وَلِلثَّانِي أَمْثِلَةٌ:

مِنْهَا: إِذَا مَلَكَ أُخْتَيْنِ أَوْ أُمًّا وَبِنْتًا، فَالمَشْهُورُ أَنَّ لَهُ الْإِقْدَامَ عَلَى وَطْءِ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ابْتِدَاءً، فَإِذَا فَعَلَ حَرُمَتِ الْأُخْرَى، وَعَنْ أَبِي الخَطَّابِ أَنَّهُ يُمْنَعُ مِنْ وَطْءِ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا حَتَّى تَحْرُمَ الْأُخْرَى، وَنَقَلَ ابْنُ هَانِئٍ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ، وَهُوَ رَاجِعٌ إِلَى تَحْرِيمِ إِحْدَاهُمَا مُبْهَمَةً، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لِأَنَّ المُحَرَّمَ هُوَ مَا يَحْصُلُ بِهِ الجَمْعُ.

وَمِنْهَا: إِذَا وَطِئَ الْأُخْتَيْنِ وَاحِدَةً بَعْدَ الْأُخْرَى، يَمْتَنِعُ مِنْ وَطْئِهِمَا جَمِيعًا حَتَّى يُحَرِّمَ إِحْدَاهُمَا؛ لِثُبُوتِ اسْتِفْرَاشِهِمَا جَمِيعًا، أَمْ تُبَاحُ لَهُ الْأُولَى إِذَا اسْتَبْرَأَ الثَّانِيَةَ؛ لِأَنَّهَا أَخَصُّ بِالتَّحْرِيمِ، حَيْثُ كَانَ الجَمْعُ حَاصِلًا بِوَطْئِهَا عَلَى وَجْهَيْنِ، وَالْأَظْهَرُ هَاهُنَا الْأَوَّلُ؛ لِثُبُوتِ الْفِرَاشِ لَهُمَا جَمِيعًا، فَيَكُونُ المَمْنُوعُ مِنْهُمَا وَاحِدَةً مُبْهَمَةً.

وَمِنْهَا: إِذَا أَسْلَمَ الْكَافِرُ وَعِنْدَهُ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ فَأَسْلَمْنَ، أَوْ كُنَّ كِتَابِيَّاتٍ، فَالْأَظْهَرُ أَنَّ لَهُ وَطْءَ أَرْبَعٍ مِنْهُنَّ، وَيَكُونُ اخْتِيَارًا مِنْهُ؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِالزِّيَادَةِ عَلَى الْأَرْبَعِ، وَكَلَامُ الْقَاضِي قَدْ يَدُلُّ عَلَى هَذَا وَقَدْ يَدُلُّ عَلَى تَحْرِيمِ الجَمِيعِ قَبْلَ الِاخْتِيَارِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ لِزَوْجَاتِهِ الْأَرْبَعِ: وَاللهِ لَا وَطِئْتُكُنَّ، وَقُلْنَا: لَا يَحْنَثُ بِفِعْلِ الْبَعْضِ، فَأَشْهَرُ الْوَجْهَيْنِ أَنَّهُ لَا يَكُونُ مُولِيًا حَتَّى يَطَأَ ثَلَاثًا، فَيَصِيرُ حِينَئِذٍ مُولِيًا مِنَ الرَّابِعَةِ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ وَأَبِي الخَطَّابِ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ وَطْءُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ مِنْ غَيْرِ حِنْثٍ، فَلَا تَكُونُ يَمِينُهُ مَانِعَةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَطِئَ ثَلَاثًا فَإِنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ وَطْءُ الرَّابِعَةِ بِدُونِ حِنْثٍ.

وَالثَّانِي: هُوَ مُولٍ فِي الحَالِ مِنَ الجَمِيعِ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَابْنِ عَقِيلٍ فِي عُمَدِهِ، وَقَالَ: هُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ، وَمَأْخَذُ الخِلَافِ أَنَّ الحُكْمَ الْمُعَلَّقَ بِالْهَيْئَةِ الِاجْتِمَاعِيَّةِ هَلْ هُوَ حُكْمٌ عَلَى مَا يَتِمُّ بِهِ مُسَمَّاهَا حِنْثٌ أَوْ عَلَى مَجْمُوعِ الْأَجْزَاءِ فِي حَالَةِ الِاجْتِمَاعِ دُونَ الِانْفِرَادِ، فَعَلَى الثَّانِي يَكُونُ مُولِيًا مِنَ الجَمِيعِ، وَيَتَوَقَّفُ حِنْثُهُ بِوَطْءِ كُلِّ وَاحِدَةٍ عَلَى وَطْءِ الْبَوَاقِي مَعَهَا.

وَمِنْهَا: إِذَا زَنَى بِامْرَأَةٍ وَلَهُ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ، فَفِي التَّعْلِيقِ لِلْقَاضِي يُمْنَعُ مِنْ وَطْءِ الْأَرْبَعِ حَتَّى يُسْتَظْهَرَ بِالزَّانِيَةِ حَمْلٌ، وَاسْتَبْعَدَهُ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ، وَهُوَ كَمَا قَالَ؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ هُنَا لِأَجْلِ الجَمْعِ بَيْنَ خَمْسٍ، فَيَكْفِي فِيهِ أَنْ يُمْسِكَ عَنْ وَطْءِ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ، وَصَرَّحَ بِهِ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ، وَقَدْ ذَكَرَ صَاحِبُ الْمُغْنِي مِثْلَهُ فِيمَنْ أَسْلَمَ عَلَى خَمْسِ نِسْوَةٍ، فَفَارَقَ وَاحِدَةً، فَإِنَّهُ يُمْسِكُ عَنْ وَطْءِ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ حَتَّى يَسْتَبْرِئَ الْمُفَارَقَةُ.

وَمِنْهَا: إِذَا تَزَوَّجَ خَمْسًا أَوْ أُخْتَيْنِ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ، فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّ الجَمِيعَ حَصَلَ بِهِ، وَلَا مَزِيَّةَ لِلْبَعْضِ عَلَى الْبَعْضِ، فَيَبْطُلُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَزَوَّجَهُنَّ فِي عُقُودٍ مُتَفَرِّقَةٍ، وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ احْتِمَالًا بِالْقُرْعَةِ فِيمَا إِذَا زَوَّجَ الْوَلِيَّانِ مِنْ رَجُلَيْنِ دُفْعَةً وَاحِدَةً، وَهَذَا مِثْلُهُ، وَلَكِنَّ هَذَا لِعِلَّةٍ تُخَالِفُ الْإِجْمَاعَ، قَالَهُ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ، وَلَكِنَّهُ يُعْتَضَدُ بِالرِّوَايَةِ الَّتِي نَقَلَهَا ابْنُ أَبِي مُوسَى فِيمَنْ قَالَ لِعَبِيدِهِ: أَيُّكُمْ جَاءَنِي بِخَبَرِ كَذَا فَهُوَ حُرٌّ، فَأَتَاهُ بِهِ اثْنَانِ مَعًا، عَتَقَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا بِالْقُرْعَةِ.

كَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَوَّلُ غُلَامٍ يَطْلُعُ عَلَيَّ فَهُوَ حُرٌّ، أَوْ أَوَّلُ امْرَأَةٍ تَطْلُعُ عَلَيَّ فَهِيَ طَالِقٌ، فَطَلَعَ عَلَيْهِ عَبِيدُهُ كُلُّهُمْ، وَنِسَاؤُهُ كُلُّهُنَّ، أَنَّهُ يُطَلِّقُ وَيُعْتِقُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ

بِالْقُرْعَةِ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا، وَأَقَرَّهُ الْقَاضِي وَصَاحِبُ الْمُغْنِي فِي مَوْضِعٍ مِنْهُ عَلَى ظَاهِرِهِ، وَتَأَوَّلَا مَرَّةً عَلَى أَنَّهُمْ طَلَعُوا وَاحِدًا بَعْدَ وَاحِدٍ، وَأَشْكَلَ السَّابِقُ، وَهَذَا هُوَ الْأَظْهَرُ؛ لِأَنَّهُ اجْتِهَادٌ وَغَيْرُهُ بَعِيدٌ.

وَأَمَّا إِنْ كَانَ لِبَعْضِهِمْ مَزِيَّةٌ فَلَهُ صُوَرٌ:

مِنْهَا: إِذَا تَزَوَّجَ أُمًّا وَبِنْتًا فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَبْطُلُ النِّكَاحَانِ مَعًا، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ وَصَاحِبِ الْمُغْنِي.

وَالثَّانِي: يَبْطُلُ نِكَاحُ الْأُمِّ وَحْدَهَا، حَكَاهُ صَاحِبُ الْكَافِي، وَجَزَمَ بِهِ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ؛ لِأَنَّ نِكَاحَ الْبِنْتِ لَا يَمْنَعُ نِكَاحَ الْأُمِّ إِذَا عَرِيَ عَنِ الدُّخُولِ، بِخِلَافِ الْعَكْسِ، فَكَانَ نِكَاحُ الْأُمِّ أَوْلَى بِالْإِبْطَالِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَسْلَمَ الْكَافِرُ عَلَى أُمٍّ وَبِنْتٍ لَمْ يَدْخُلْ بِوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا، فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَنْفَسِخُ نِكَاحُ الْأُمِّ وَحْدَهَا، وَتَحْرُمُ عَلَيْهِ عَلَى التَّأْبِيدِ، وَيَثْبُتُ نِكَاحُ الْبِنْتِ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِيمَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَاتَّفَقَ الْأَصْحَابُ عَلَيْهِ، وَبَنَاهُ الْقَاضِي عَلَى أَنَّ أَنْكِحَةَ الْكُفَّارِ صَحِيحَةٌ، فَإِذَا صَحَّ النِّكَاحُ فِي الْبِنْتِ صَارَتْ أُمُّهَا مِنْ أُمَّهَاتِ نِسَائِهِ فَحَرُمَتْ عَلَيْهِ. قَالَ: وَلَوْ لَمْ يَكُنْ صَحِيحًا فِيهَا كَانَ لَهُ أَنْ يَخْتَارَ أَيَّهُمَا شَاءَ، وَهَذَا يُخَالِفُ مَا قَرَّرَهُ فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ أَنَّ الْعَقْدَ الْفَاسِدَ فِي النِّكَاحِ يُحَرِّمُ مَا يُحَرِّمُهُ الصَّحِيحُ، وَهَذَا النِّكَاحُ غَايَتُهُ أَنَّهُ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَلَفٌ فِي صِحَّتِهِ، وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ أَنَّهُ يُفَرِّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأُمِّ وَالْبِنْتِ، وَقَدْ حُرِّمَتَا عَلَيْهِ، وَهَذَا مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا وَجَدَ الدُّخُولَ بِهِمَا؛ لِأَنَّهُ قَالَ فِي تَمَامِ هَذِهِ الرِّوَايَةِ: إِذَا كَانَ

تَحْتَهُ أُخْتَانِ فُرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ إِحْدَاهُمَا، وَإِذَا كَانَ تَحْتَهُ فَوْقَ أَرْبَعٍ فُرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الزِّيَادَةِ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْهُ كَابْتِدَاءِ الْعَقْدِ.

وَمِنْهَا: لَوْ تَزَوَّجَ كَبِيرَةً وَصَغِيرَةً، وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا حَتَّى أَرْضَعَتِ الصَّغِيرَةَ، فَسَدَ نِكَاحُ الْكَبِيرَةِ؛ لِمَصِيرِهَا مِنْ أُمَّهَاتِ نِسَائِهِ، وَفِي الصَّغِيرَةِ رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: يَفْسُدُ نِكَاحُهَا أَيْضًا عَمَّنْ عَقَدَ عَلَى أُمٍّ وَبِنْتٍ ابْتِدَاءً.

وَالثَّانِيَةُ: لَا يَبْطُلُ، وَهِيَ أَصَحُّ، وَمَسْأَلَةُ الْجَمْعِ فِي الْعَقْدِ قَدْ سَبَقَ الْخِلَافُ فِيهَا وَعَلَى التَّسْلِيمِ فِيهَا، فَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ مَسْأَلَتِنَا أَنَّ الْجَمْعَ هَاهُنَا حَصَلَ فِي الِاسْتِدَامَةِ دُونَ الِابْتِدَاءِ، وَالدَّوَامُ أَقْوَى مِنْ الِابْتِدَاءِ، فَهُوَ كَمَنْ أَسْلَمَ عَنْ أُمٍّ وَبِنْتٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ تَحْتَ ذِمِّيٍّ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ، ثُمَّ اسْتُرِقَّ لِلُحُوقِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ، أَوْ غَيْرِهِ قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: يَحْتَمِلُ أَنْ يَتَخَيَّرَ مِنْهُنَّ اثْنَتَيْنِ، كَمَا لَوْ أَسْلَمَ عَبْدٌ وَتَحْتَهُ أَرْبَعٌ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَبْطُلَ نِكَاحُ الْجَمِيعِ كَالرَّضَاعِ إِلَى الْحَادِثِ الْمُحَرِّمِ لِلْجَمْعِ.

وَمِنْهَا: لَوْ تَزَوَّجَ حُرَّةً وَأَمَةً فِي عَقْدٍ، وَهُوَ فَاقِدٌ لِشَرْطِ نِكَاحِ الْإِمَاءِ، فَإِنَّهُ يَبْطُلُ نِكَاحُ الْأَمَةِ وَحْدَهَا عَلَى الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّ الْحُرَّةَ تَمْتَازُ عَلَيْهِمَا بِصِفَةِ وُرُودِ نِكَاحِهَا عَلَيْهَا فِي مِثْلِ هَذِهِ الْحَالِ، وَلَا عَكْس.

وَلِلثَّالِثِ -وَهُوَ الْمَنْعُ مِنَ الْقَدْرِ الْمُشْتَرَكِ- أَمْثِلَةٌ:

مِنْهَا: لَوْ قَالَ لِزَوْجَاتِهِ: وَاللهِ لَا وَطِئْتُ إِحْدَاكُنَّ، نَاوِيًا بِذَلِكَ الِامْتِنَاعَ مِنْ

وَطْءِ مُسَمَّى إِحْدَاهُنَّ، وَهُوَ الْقَدْرُ الْمُشْتَرَكُ بَيْنَ الجَمِيعِ، فَيَكُونُ مُولِيًا مِنَ الجَمِيعِ، مَعَ أَنَّ الْعُمُومَ يُسْتَفَادُ أَيْضًا مِنْ كَوْنِهِ مُفْرَدًا مُضَافًا.

أَمَّا لَوْ قَالَ: لَا وَطِئْتُ وَاحِدَةً مِنْكُنَّ، فَالْمَذْهَبُ الصَّحِيحُ أَنَّهُ يَعُمُّ الجَمِيعَ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَالْأَصْحَابِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ النَّكِرَةَ فِي سِيَاقِ النَّفْيِ تُفِيدُ الْعُمُومَ.

وَحَكَى الْقَاضِي عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّهُ يَكُونُ مُولِيًا مِنْ وَاحِدَةٍ غَيْرِ مُعَيَّنَةٍ، وَأَخَذَهُ مِنْ قَوْلِهِ: إِذَا آلَى مِنْ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ وَأَشْكَلَتْ عَلَيْهِ أُخْرِجَتْ بِالْقُرْعَةِ، وَلَا يَصِحُّ هَذَا الْأَخْذُ كَمَا لَا يَخْفَى.

وَحَكَى صَاحِبُ الْمُغْنِي عَنِ الْقَاضِي كَذَلِكَ، وَالْقَاضِي مُصَرِّحٌ بِخِلَافِهِ، فَإِنَّهُ قَالَ: هُوَ إِيلَاءٌ مِنَ الجَمِيعِ رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَلَكِنَّهُ قَالَ: مَتَى وَطِئَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ انْحَلَّتْ يَمِينُهُ مِنَ الْكُلِّ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: لَا وَطِئْتُ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْكُنَّ، أَوْ لَا وَطِئْتُكُنَّ، فَإِنَّهُ إِذَا وَطِئَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ حَنِثَ، وَبَقِيَ الْإِيلَاءُ مِنَ الْبَوَاقِي، وَإِنْ لَمْ يَحْنَثْ بِوَطْئِهِنَّ؛ لِأَنَّ حَقَّهُنَّ مِنَ الْوَطْءِ لَمْ يُسْتَوْفَ.

وَالْفَرْقُ بَيْنَ الصُّوَرِ الثَّلَاثِ أَنَّ قَوْلَهُ: لَا أَطَأُ كُلَّ وَاحِدَةٍ منكن، أَوَ لَا أَطَؤُكُنَّ، فِي قُوَّةِ أَيْمَانٍ مُتَعَدِّدَةٍ، لِإِضَافَتِهِ إِلَى مُتَعَدِّدٍ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ: لَا أَطَأُ وَاحِدَةً مِنْكُنَّ، فَإِنَّهُ مُضَافٌ إِلَى مُفْرَدٍ مُنَكَّرٍ مَوْضُوعٍ بِالْأَصَالَةِ لِنَفْيِ الْوَحْدَةِ، وَعُمُومُهُ عُمُومُ بَدَلٍ، لَا شُمُولٍ، فَالْيَمِينُ فِيهِ وَاحِدَةٌ، فَتَنْحَلُّ بِالْحِنْثِ بِوَطْءِ وَاحِدَةٍ.

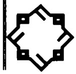
وَلَكِنَّ مُقْتَضَى هَذَا التَّفْرِيقِ أَنْ تَتَعَدَّدَ الْكَفَّارَةُ فِي الصُّورَتَيْنِ الْأَوَّلَتَيْنِ بِوَطْءِ كُلِّ وَاحِدَةٍ، وَهُوَ قِيَاسُ إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ فِي الظِّهَارِ مِنْ نِسَائِهِ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ أَنَّ الْكَفَّارَةَ تَتَعَدَّدُ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: النَّكِرَةُ فِي سِيَاقِ النَّفْيِ، إِنْ قِيلَ: إِنَّهَا تَعُمُّ بِوَضْعِهَا،

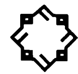
كَمَا تَعُمُّ صِيَغُ الجُمُوعِ، فَالصُّوَرُ الثَّلَاثُ مُتَسَاوِيَةٌ، وَإِنْ قِيلَ: إِنَّ عُمُومَهَا جَاءَ ضَرُورَةَ نَفْيِ المَاهِيَّةِ فَالمَنْفِيُّ بِهَا وَاحِدٌ، لَا تَعَدُّدَ فِيهِ، وَهُوَ المَاهِيَّةُ المُطْلَقَةُ، فَيُتَّجَهُ تَفْرِيقُ الْقَاضِي المَذْكُورِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ: إِنْ خَرَجْتِ مِنَ الدَّارِ مَرَّةً بِغَيْرِ إِذْنِي فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَنَوَى بِذَلِكَ الْقَدْرَ المُشْتَرَكَ بَيْنَ المَرَّاتِ، اقْتَضَى الْعُمُومَ بِغَيْرِ إِشْكَالٍ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَقَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: تَتَقَيَّدُ يَمِينُهُ بِمَرَّةٍ وَاحِدَةٍ، وَسَلَّمَ أَنَّهُ لَوْ أَذِنَ لَـهَا مَرَّةً فَخَرَجَتْ بِإِذْنِهِ، ثُمَّ خَرَجَتْ بَعْدَ ذَلِكَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَمْ تَطْلُقْ، وَخَالَفَهُ أَبُو الخَطَّابِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي خِلَافِهِمَا، وَهُوَ الحَقُّ.

ثُمَّ اخْتَلَفَ المَأْخَذُ؛ فَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: ذِكْرُ المَرَّةِ تَنْبِيهٌ عَلَى المَنْعِ مِنَ الزِّيَادَةِ عَلَيْهَا، وَظَاهِرُ كَلَامِ أَبِي الخَطَّابِ أَنَّ الْعُمُومَ أَتَى مِنْ دُخُولِ النَّكِرَةِ فِي الشَّرْطِ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى ذَلِكَ كُلِّهِ؛ فَإِنَّ الْيَمِينَ عِنْدَنَا إِنَّمَا تَنْحَلُّ بِالحِنْثِ، وَلَوْ خَرَجَتْ مِائَةَ مَرَّةٍ بِإِذْنِهِ لَمْ تَنْحَلَّ الْيَمِينُ بِذَلِكَ عِنْدَنَا، وَالمَحْلُوفُ عَلَيْهِ قَائِمٌ، وَهُوَ خُرُوجُهَا مَرَّةً بِغَيْرِ إِذْنِهِ، فَمَتَى وُجِدَ تَرَتَّبَ عَلَيْهِ الحِنْثُ.

⁂






الْقَاعِدَةُ الْعَاشِرَةُ بَعْدَ المِائَةِ



مَنْ ثَبَتَ لَهُ أَحَدُ أَمْرَيْنِ:

فَإِنِ اخْتَارَ أَحَدَهُمَا سَقَطَ الْآخَرُ.

وَإِنْ أُسْقِطَ أَحَدُهُمَا أُثْبِتَ الْآخَرُ.

وَإِنِ امْتَنَعَ مِنْهُمَا فَإِنْ كَانَ امْتِنَاعُهُ ضَرَرًا عَلَى غَيْرِهِ؛ اسْتَوْفَى لَهُ الحَقَّ الْأَصْلِيَّ الثَّابِتَ لَهُ إِذَا كَانَ مَالِيًّا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَقًّا ثَابِتًا سَقَطَ.

وَإِنْ كَانَ الحَقُّ غَيْرَ مَالِيٍّ أُلْزِمَ بِالِاخْتِيَارِ.

وَإِنْ كَانَ حَقًّا وَاجِبًا لَهُ وَعَلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ مُسْتَحِقُّهُ غَيْرَ مُعَيَّنٍ حُبِسَ حَتَّى يُعَيِّنَهُ وَيُوَفِّيَهُ، وَإِنْ كَانَ مُسْتَحِقًّا مُعَيَّنًا، فَهَلْ يُحْبَسُ وَيُسْتَوْفَى مِنْهُ الحَقُّ الَّذِي عَلَيْهِ فِيهِ الخِلَافُ.

وَإِنْ كَانَ حَقًّا عَلَيْهِ وَأَمْكَنَ اسْتِيفَاؤُهُ مِنْهُ اسْتُوفِيَ.

وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حَقَّانِ أَصْلِيٌّ وَبَدَلٌ فَامْتَنَعَ مِنَ الْبَدَلِ حُكِمَ عَلَيْهِ بِالْأَصْلِ، وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ صُوَرٌ:

مِنْهَا: لَوْ عَفَا مُسْتَحِقُّ الْقِصَاصِ عَنْهُ، وَقُلْنَا: الْوَاجِبُ لَهُ أَحَدُ أَمْرَيْنِ، تَعَيَّنَ لَهُ المَالُ، وَلَوْ عَفَا عَنِ المَالِ ثَبَتَ لَهُ الْقَوَدُ.

وَمِنْهَا: لَوِ اشْتَرَى شَيْئًا فَظَهَرَ عَلَى عَيْبٍ فِيهِ، ثُمَّ اسْتَعْمَلَهُ اسْتِعْمَالًا لَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا بِإِمْسَاكِهِ، لَمْ يَسْقُطْ حَقُّهُ مِنَ الْمُطَالَبَةِ بِالْأَرْشِ عِنْدَ ابْنِ عَقِيلٍ؛ لِأَنَّ الْعَيْبَ مُوجِبٌ لِأَحَدِ شَيْئَيْنِ: إِمَّا الرَّدُّ، وَإِمَّا الْأَرْشُ، فَإِسْقَاطُ أَحَدِهِمَا لَا يَسْقُطُ بِهِ الْآخَرُ.

وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي يَسْقُطُ الْأَرْشُ أَيْضًا، وَفِيهِ بُعْدٌ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَتَاهُ الْغَرِيمُ بِدَيْنِهِ فِي مَحِلِّهِ وَلَا ضَرَرَ عَلَيْهِ فِي قَبْضِهِ فَإِنَّهُ يُؤْمَرُ بِقَبْضِهِ أَوْ إِبْرَائِهِ، فَإِنِ امْتَنَعَ قَبَضَهُ لَهُ الحَاكِمُ وَبَرِئَ غَرِيمُهُ.

وَمِنْهَا: لَوِ امْتَنَعَ الْمُوصَى لَهُ مِنَ الْقَبُولِ وَالرَّدِّ حُكِمَ عَلَيْهِ بِالرَّدِّ، وَسَقَطَ حَقُّهُ مِنَ الْوَصِيَّةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ تَحَجَّرَ مَوَاتًا وَطَالَتْ مُدَّتُهُ وَلَمْ يُحْيِهِ، وَلَمْ يَرْفَعْ يَدَهُ عَنْهُ، فَإِنَّ حَقَّهُ يَسْقُطُ مِنْهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَسْلَمَ عَلَى أُخْتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ وَامْتَنَعَ مِنَ الِاخْتِيَارِ، حُبِسَ وَعُزِّرَ حَتَّى يَخْتَارَ.

وَمِنْهَا: لَوْ أُخِّرَتِ الْمُعْتَقَةُ تَحْتَ عَبْد الِاخْتِيَار حَتَّى طَالَتِ الْمُدَّةُ، أَجْبَرَهَا الحَاكِمُ عَلَى اخْتِيَارِ الْفَسْخِ أَوِ الْإِقَامَةِ بِالتَّمْكِينِ مِنْ الِاسْتِمْتَاعِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَبَى الْمُولِي بَعْدَ الْمُدَّةِ أَنْ يَفِيءَ أَوْ يُطَلِّقَ، فَرِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: يُحْبَسُ حَتَّى يَفِيءَ أَوْ يُطَلِّقَ.

وَالثَّانِيَةُ: يُفَرِّقُ الحَاكِمُ بَيْنَهُمَا.

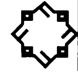
وَمِنْهَا: لَوْ حَلَّ دَيْنُ الرَّهْنِ وَامْتَنَعَ مِنْ تَوْفِيَتِهِ، وَلَيْسَ ثَمَّ وَكِيلٌ فِي الْبَيْعِ، بَاعَهُ الحَاكِمُ وَوَفَّى الدَّيْنَ مِنْهُ.

وَمِنْهَا: لَوِ ادُّعِيَ عَلَيْهِ فَأَنْكَرَ، وَطُلِبَ مِنْهُ الْيَمِينُ فَنَكَلَ عَنْهَا، قُضِيَ بِالنُّكُولِ وَجُعِلَ مُقِرًّا؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ بَدَلٌ عَنِ الْإِقْرَارِ وَعَنِ النُّكُولِ، فَإِذَا امْتَنَعَ مِنَ الْبَدَلِ حُكِمَ عَلَيْهِ بِالْأَصْلِ.

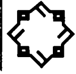
وَمِنْهَا: لَوْ نَكَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَنِ الجَوَابِ بِالْكُلِّيَّةِ؛ فَإِنْ كَانَتِ الدَّعْوَى مِمَّا يُقْضَى فِيهَا بِالنُّكُولِ، فَهَلْ يُقْضَى عَلَيْهِ بِهِ هَاهُنَا أَمْ يُحْبَسُ حَتَّى يُجِيبَ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَإِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يُقْضَى فِيهَا بِالنُّكُولِ كَالْقَتْلِ وَالحَدِّ، فَهَلْ يُحْبَسُ حَتَّى يُقِرَّ أَوْ يُخْلَى سَبِيلُهُ عَلَى وَجْهَيْنِ.






القَاعِدَةُ الحَادِيَةَ عَشَرَ بَعْدَ المِائَةِ




إذَا كَانَ الْوَاجِبُ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ أَحَدَ شَيْئَيْنِ، فَقَامَتْ حُجَّةٌ ثَبَتَ بِهَا أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ، فَهَلْ يَثْبُتُ أَمْ لَا؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَيُخَرَّجُ عَلَيْهِمَا مَسَائِلُ:

مِنْهَا: إذَا قُلْنَا: مُوجَبُ قَتْلِ الْعَمْدِ أَحَدُ شَيْئَيْنِ، فَإِذَا ادَّعَى أَوْلِيَاءُ الْمَقْتُولِ عَلَى وَلِيِّ الْقَاتِلِ فِي الْقَسَامَةِ فَنَكَلَ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ الدِّيَةُ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوِ ادَّعَى جِرَاحَةً عَمْدًا عَلَى شَخْصٍ، وَأَتَى بِشَاهِدٍ وَامْرَأَتَيْنِ، فَهَلْ تَلْزَمُهُ دِيَتُهَا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَالصَّحِيحُ فِيهَا عَدَمُ وُجُوبِ الدِّيَةِ؛ لِئَلَّا يَلْزَمَ أَنْ يَجِبَ بِالْقَتْلِ الدِّيَةُ عَيْنًا.

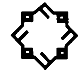
وَأَمَّا إنْ قُلْنَا: إِنَّ مُوجِبَ الْقَتْلِ الْقِصَاصُ عَيْنًا، فَالدِّيَةُ بَدَلٌ، فَلَا يَجِبُ بِمَا لَا يَجِبُ بِهِ الْمَبْدُولُ.

وَمِنْهَا: شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ بِقَتْلِ عَبْدٍ عَبْدًا عَمْدًا، فَهَلْ يَثْبُتُ بِذَلِكَ غُرْمُ قِيمَةِ الْعَبْدِ دُونَ الْقَوَدِ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، حَكَاهُمَا صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ، وَذَكَرَ أَنَّ رِوَايَةَ وُجُوبِ الْقِيمَةِ رَوَاهَا ابْنُ مَنْصُورٍ.

وَتَأَمَّلْتُ رِوَايَةَ ابْنِ مَنْصُورٍ فَإِذَا ظَاهِرُهَا أَنَّ الْقَاتِلَ كَانَ حُرًّا، فَلَا يَكُونُ جِنَايَتُهُ مُوجِبَةً لِلْقَوَدِ، فَلَا تَكُونُ الْمَسْأَلَةُ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ، بَلْ مِنْ نَوْعٍ آخَرَ، وَهُوَ

إِذَا كَانَتِ الْجِنَايَةُ مُوجِبَةً لِلْمَالِ عَيْنًا، وَقَامَتْ بِهَا بَيِّنَةٌ يَثْبُتُ بِهَا الْمَالُ دُونَ أَصْلِ الْجِنَايَةِ، فَهَلْ يَجِبُ بِهَا الْمَالُ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، كَمَا لَوْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ خَطَأً أَوْ عَمْدًا يُوجِبُ الْمَالَ دُونَ الْقَوَدِ، وَأَتَى عَلَيْهَا بِشَاهِدٍ وَامْرَأَتَيْنِ، أَوِ ادَّعَى قَتْلَ كَافِرٍ فِي الصَّفِّ وَأَتَى بِشَاهِدٍ وَحَلَفَ مَعَهُ، فَهَلْ يَسْتَحِقُّ بِذَلِكَ سَلْبَهُ؟ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ.






الْقَاعِدَةُ الثَّانِيَةَ عَشَر بَعْدَ المِائَةِ






إِذَا اجْتَمَعَ لِلْمُضْطَرِّ مُحَرَّمَانِ، كُلٌّ مِنْهُمَا لَا يُبَاحُ بِدُونِ الضَّرُورَةِ، وَجَبَ تَقْدِيمُ أَخَفِّهِمَا مَفْسَدَةً وَأَقَلِّهِمَا ضَرَرًا؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَا ضَرُورَةَ إِلَيْهَا، فَلَا يُبَاحُ، وَيَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ[١]:

مِنْهَا: إِذَا وَجَدَ الْمُحْرِمُ صَيْدًا وَمَيْتَةً، فَإِنَّهُ يَأْكُلُ الْمَيْتَةَ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ[٢].

---

[١] هذه القاعدة إذا اجتمع مُحَرَّمَان، والمُحَرَّم لا يُباح إِلَّا للضَّرُورةِ، ولَا بُدَّ مِنِ ارْتكابِ أَحدهما، ونحن مُضْطَرُّونَ إلى ارتكابِ أحدِ المُحَرَّمَيْن، فنُقَدِّم الأخفَّ بلَا شَكٍّ؛ لأنَّ الزِّيادةَ على الأخفِّ زِيَادَة مُحَرَّمَةٌ لا ضَرورة عليها، والواجب تَجَنُّبُ المـُحَرَّمِ بِقَدْرِ الإمكانِ، فنُقَدِّم الأخفَّ، كما أنه لوِ اجتمعَ واجبانِ أحدُهما أوجبُ ولَا بُدَّ منْ تركِ أَحدهما، نُقَدِّم الأوجبَ؛ لأننا لو أخذنا بالأَدْنَى لَأَسْقَطْنَا الواجبَ الزَّائدَ، وهذا لا ضَرورةَ إلى إسقاطِهِ.

[٢] يقول المؤلِّف: «**مِنْهَا إِذَا وَجَدَ الْمُحْرِمُ صَيْدًا وَمَيْتَةً**» إذا وجدَ المُحْرِمُ صَيدًا ومَيْتَة، الصَّيد كالظِّبَاء، والمَيْتَة كجِيفَة الحِمار، فأيّهما يُقَدّم وهو مُضْطَرٌّ الآنَ، مضطرّ لِيَأْكُلَ، هل نقول: ارمِ هذا الصَّيْدَ وكُلْهُ، أو كُلْ من جيفةِ هذا الحمارِ؟

الجواب: الثَّاني، المؤلِّف يقول: يُقَدِّم المَيتة، يقول: كُلْ من جِيفة الحمار ولا تأكل منَ الصَّيد.

لِأَنَّ فِي أَكْلِ الصَّيْدِ ثَلَاثَ جِنَايَاتٍ: صَيْدُهُ وَذَبْحُهُ وَأَكْلُهُ، وَأَكْلُ الْمَيْتَةِ فِيهَا جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ، وَعَلَى هَذَا فَلَوْ وَجَدَ لَحْمَ صَيْدٍ ذَبَحَهُ مُحْرِمٌ، وَمَيْتَةً، فَإِنَّهُ يَأْكُلُ لَحْمَ الصَّيْدِ، قَالَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ؛ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا فِيهِ جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ، وَيَتَمَيَّزُ الصَّيْدُ بِالِاخْتِلَافِ فِي كَوْنِهِ مُذَكًّى، وَفِي هَذَا نَظَرٌ؛ فَإِنَّ أَكْلَ الصَّيْدِ جِنَايَةٌ عَلَى الْإِحْرَامِ، وَلِهَذَا يَلْزَمُهُ بِهَا الْجَزَاءُ عِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ، وَهُوَ مُسْتَغْنٍ عَنْ ذَلِكَ بِالْأَكْلِ مِنَ الْمَيْتَةِ، ثُمَّ وَجَدْتُ أَبَا الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ اخْتَارَ أَكْلَ الْمَيْتَةِ، وَعَلَّلَهُ بِمَا ذَكَرْنَا. وَلَوْ وَجَدَ بَيْضَ صَيْدٍ فَظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي أَنَّهُ يَأْكُلُ الْمَيْتَةَ وَلَا يَكْسِرُهُ وَيَأْكُلُهُ؛ لِأَنَّ كَسْرَهُ جِنَايَةٌ كَذَبْحِ الصَّيْدِ[١].

---

[١] الصَّحِيحُ في هذه المسألةِ أنه يأكلُ الصَّيْدَ؛ لأنَّ تحريمَ المَيْتَةِ لخُبْثِها، وتحريم الصَّيْد لاحترامِهِ، فهذا مُحَرَّم لاحترامِهِ، لا لأَنَّه خبيثٌ، وهذه مُحرَّمة لخُبْثِها، ومعلومٌ أنَّ ما حَرُمَ لخُبْثِهِ أشدُّ وأعمقُ في التَّحريمِ ممَّا حَرُم لاحترامِهِ؛ لأنَّ المُـحَرَّمَ لخُبْثِهِ يضرُّ بعينِهِ، يضرُّ البَدَنَ، وتغذيته رَدِيئَة.

ثُمَّ نقول: الصَّيد إذا اضطرَّ الإنسانُ إليه صار حلالًا، فإذا ذكّاه وقعتِ التَّذكيَةُ على صَيْد حَلَال، وحصلَ إنهارُ الدَّم، وصدق عليه قولُ النبيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**مَا أَنْهَرَ الدَّمَ وَذُكِرَ اسْمُ اللهِ عَلَيْهِ فَكُلْ**»(١).

ثالثًا: أنَّ النفسَ تَتَقَزَّزُ مِنَ المَيْتَة، وربما يموتُ الإنسانُ جُوعًا ولا يأكل الميتةَ، ولا تَتَقَزَّز من ظبيٍ صادهُ وهو مُحرِم، بل يَرَى أنَّ هذا الصيدَ لولا احترامُه لأكلَهُ،

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب الجهاد والسير، باب ما يكره من ذبح الإبل والغنم في المغانم، رقم (٣٠٧٥)، ومسلم: كتاب الأضاحي، باب جواز الذبح بكل ما أنهر الدم، إلا السن، والظفر، وسائر العظام، رقم (١٩٦٨).

وَمِنْهَا: نِكَاحُ الْإِمَاءِ وَالِاسْتِمْنَاءُ، كِلَاهُمَا إِنَّمَا يُبَاحُ لِلضَّرُورَةِ، وَيُقَدَّمُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ، كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ ابْنُ عَبَّاسٍ؛ لِأَنَّهُ مُبَاحٌ بِنَصِّ الْكِتَابِ، وَالْآخَرُ مُتَرَدَّدٌ فِيهِ.

وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي مُفْرَدَاتِهِ: الِاسْتِمْنَاءُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ نِكَاحِ الْأَمَةِ. وَفِيهِ نَظَرٌ[١].

والاحترامُ معنًى زائدٌ عن العَيْن، وهذا الظَّبيُ لو صادَهُ غيرُ مُحْرِمٍ لكانَ حلالًا طيِّبًا، فإذا صادَهُ مُحْرِمٌ بنفسِ الآلةِ، واستثنوا كلَّ شيء، فهو في ذاتِهِ لم يَتَغَيَّرْ، لكن لاحترامِهِ وَجَبَ تَجنُّبُه، فالصوابُ في هذه المسألةِ خِلاف ما ذَكَرَه المؤلِّف، أنه يأكل الصَّيد وُجُوبًا ولا يَحِلّ أنْ يأكلَ الميتةَ؛ لأنَّ الصيدَ لمّا اضطُرَّ إليه صار صيدُه حلالًا، فإذا صار حلالًا فذكَّاه صار بالتَّذكيةِ حلالًا، وصار يأكل حيوانًا مُذَكًّى ذكاةً شرعيَّة، بخِلاف المَيتةِ.

[١] في هذه المسألة أيضًا هذا إنسانٌ ليس عندَه مَهْرٌ يُدْرِكُ به نِكاحَ الحرَّة، وقد قال الله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ [النساء:٢٥]، فإذا كَانَ ليس لديه مهرٌ فلَا شَكَّ أنه يجوزُ له نِكاح الأَمَةِ، وهذه المسألةُ غيرُ واردةٍ في كلامِ المؤلِّف؛ لأنَّ المسألةَ مفروضةٌ فيما إذا كَانَ نكاحُ الأَمَةِ حَرامًا، كأنْ يكون تزوَّج امرأةً حرَّة أو عنده مهرٌ يستطيع أنْ يتزوَّجَ به امرأة حرَّة، ولكنَّه لم يُقْدِم على زواجِ الحرَّة، فبَقِيَ الآن متردِّدًا بينَ أنْ يَستمنيَ، أو يَتَزَوَّجَ أَمَةً، أو يتزوج حرَّة، فنقول له: الآن يجب أنْ تتزوجَ حرةً، فإذا قال: أنا الآن طلبتُ وعَجَزْتُ، كُلّ مَن قَرعتُ بابه يَتعَذَّر، لكنّي إذا خطبتُ أَمَةً رحّبوا بي، فنقول له: تزوَّجْ أَمَةً؛ لأنَّ الأَمَةَ حينئذٍ حلالٌ؛ لأنَّ تَعَذُّرَ المرأةِ كتعذُّر المهرِ، والله عَزَّوَجَلَّ يقولُ: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم﴾ [النساء: ٢٥].

وتصويرُ المسألةِ في الحقيقةِ فيه عُسْرٌ على كلامِ المؤلِّف؛ لأنَّ تحريمَ الأَمَة لا يكونُ إلَّا لواجدِ الطَّوْلِ، وواجدُ الطَّوْلِ إنْ وَجَدَ حرَّة قلنا: إنَّ الأَمَةَ حرامٌ عليك، والاستمناءُ حرامٌ عليك بالاستغناءِ عن ذلك بنكاحِ الحرَّة، وإذا كَانَ يجد الطَّوْل ولكن لم يجدْ مَن يُزوِّجه نقول: إنَّ نكاحَ الأَمَةِ حينئذٍ حلالٌ؛ لأنَّ تعذُّرَ المرأةِ كتعذُّر مَهرها، ولا فرقَ، والجامعُ بينهما العجزُ.

تصوُّر المسألةِ صعبٌ، لكن لو فُرِضَ أنَّ المَسْأَلَةَ يَصِحُّ تصويرُها وأنَّ الإنسانَ دارَ أمرهُ بينَ أنْ يَتَزَوَّجَ امرأةً أو يَسْتَمْنِي، فأيُّهما أولى؟ الجواب: فيه خلاف، فقال بعضهم: يتزوج الأَمَة، وقال بعضهم: يَستمني.

وقول المؤلف: «**مباح بنصِّ الكتابِ**»، نقول: في الحالة الَّتِي يكون فيها مباحًا لا يكون منَ المسألةِ الَّتِي نحن فيها؛ لأنه في الحالِ الَّتِي يكون فيها مباحًا يكونُ اجتمعَ عندنا مُحَرَّم وهو الاستمناءُ، ومباحٌ وهو نِكاح الأَمَةِ، ومعلومٌ أنه لا يُمْكِن أنْ يُدْفَعَ المُباحُ بالحرامِ أبدًا.

فالمسألةُ مَفروضةٌ فيما إذا كَانَ نِكاحُ الأَمَة حَرامًا، وإذا كَانَ حَرامًا فإنَّ تعليلَ المؤلِّفِ في تقديمِ نكاحِ الأَمَةِ لأنه مباحٌ بالنصِّ يكون ساقطًا؛ لأنه إذا أُبيحَ بالنصِّ ففي الحالِ الَّتِي يكون فيها مُباحًا لا يُقَال: إنه حرامٌ، وبناءً عليه يكون ما قالَه ابنُ عقيلٍ هو الصوابُ، يعني إذا تعارضَ عندنا أمرانِ: نكاح أَمَة مُحَرَّم واستمناءٌ، فإنَّ الاستمناءَ أهونُ بلَا شَكّ؛ لأنَّ نِكاحَ الأَمَة يَتَرَتَّبُ عليه محظورٌ، وهو استرقاقُ الأولادِ؛ لأنك إذا تزوجتَ أَمَـةً مملوكةً صـارَ أولادُكَ أرِقـةً، ومشكلة أنْ ينظـرَ الإنسان إلى ولـدِهِ يُقَادُ برقبتِهِ كالبَهيمةِ، ويُقَال: مَن يسوم فلان بفلان، هذه صعبةٌ،

وَمِنْهَا: مَنْ أُبِيحَ لَهُ الْفِطْرُ لِشَبَقِهِ، فَلَمْ يُمْكِنْهُ الِاسْتِمْنَاءُ، وَاضْطُرَّ إِلَى الْجِمَاعِ فِي الْفَرْجِ، فَلَهُ فِعْلُهُ، فَإِنْ وَجَدَ زَوْجَةً مُكَلَّفَةً صَائِمَةً وَأُخْرَى حَائِضَةً فَفِيهِ احْتِمَالَانِ، ذَكَرَهُمَا صَاحِبُ الْمُغْنِي، أَحَدُهُمَا وَطْءُ الصَّائِمَةِ أَوْلَى؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا فِيهِ أَنَّهَا تُفْطِرُ لِضَرَرِ غَيْرِهَا، وَذَلِكَ جَائِزٌ لِفِطْرِهَا لِأَجْلِ الْوَلَدِ، وَأَمَّا وَطْءُ الْحَائِضِ فَلَمْ يُعْهَدْ فِي الشَّرْعِ جَوَازُهُ، فَإِنَّهُ حُرِّمَ لِلْأَذَى، وَلَا يَزُولُ الْأَذَى بِالْحَاجَةِ إِلَيْهِ.

فالصوابُ بلَا شَكّ أَنَّه يُقدّم الاسْتِمْنَاء في هذهِ الحالِ.

على أنّنا نقول: إذا كَانَ هناك ضرورة للاستمناءِ فإنه يَنْقَلِب مُباحًا، وكلامُ المؤلِّف يقول: إذا دَعَتِ الضَّرورة لارتكابِ أحدِ المُحَرَّمَيْنِ، والضَّرورةُ إذا دعتْ إلى الاستمناءِ كَانَ الاستمناء مُباحًا، على أَنَّ الاستمناءَ أصله مُخْتَلَفٌ في حِلّه، فإِنَّ من أهل العلمِ مَن يرى أنه حلالٌ بشرط أَنْ لا يُنْهِك البدنَ فيَتَضَرَّر، ومنهم مَن يرى أنه مكروهٌ، فكيف يُقَدَّم نِكاحُ الإماءِ على الاستمناءِ الَّذِي إذا حلّت الضَّرورة صار مباحًا، وعند عدمِ الضَّرورةِ بل لمجرَّد متعةٍ اختلف العُلَماء في حِلِّه، والصَّحِيحُ بلَا شَكّ أنه حرامٌ، إنما قصدي أنْ أقولَ: إننا إذا رَدَدْنَا هذه المسألَةَ إلى الأصولِ وجدنا أنَّ الاستمناءَ أخفُّ مِن نِكاح الإماءِ، وأنَّ نكاحَ الإماء لا يُتَصَوَّر فيه التَّحريمُ إِلَّا إذا كَانَ يجد نكاح الحرَّة، أما إذا قَدَرَ فيجب أنْ يتزوجَ حرةً، ولا يَحِلّ له أنْ يَتزوَّجَ أَمَةً.

والحديث هنا عن تزوّج الأَمَة، وهو غير مِلك الأَمَة، فالمالكُ يَطَأُ الأَمَة بالتَّسرِّي، لا بالنّكاح، أمَّا تزوُّج الأَمَة فكأنْ يكونَ عِندي أَمَة ويأتي زيدٌ ويتزوَّجها مِنّي بمهرٍ ولا يشتريها، وهنا تنتقل حقوق الزَّوجيّة إلى الزَّوْج باختيار السيِّد، ولا يكون للسيِّد وَطْؤُها، لكن للسيِّد أنْ يَبيعَها هي وأولادها على زَوجها.

وَالثَّانِي: مُخَيَّرٌ لِتَعَارُضِ مَفْسَدَةِ وَطْءِ الحَائِضِ مِنْ غَيْرِ إِفْسَادِ عِبَادَةٍ عَلَيْهَا وَإِفْسَادِ صَوْمِ الطَّاهِرَةِ، وَالْأَوَّلُ هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ إِبَاحَةِ الْفِطْرِ لِأَسْبَابٍ دُونَ وَطْءِ الحَائِضِ[1].

---

[١] عندنا في هذه المسألةِ ثلاثةُ أشياءَ: استمناءٌ وجِمَاعُ حائضٍ وجِماعُ صائمةٍ، وهذا رجلٌ صائمٌ اضطرَّ إلى إخراجِ المنيِّ بإحدى ثلاثِ طرقٍ: إمَّا استمناء، أو وَطْء صَائِمَة، أو وطء حائضٍ، والصائمةُ صائمةٌ فَرضًا ليسَ نفلًا، فنقول: يبْدَأُ أوَّلًا بالاستمناءِ، فإنْ لم يَزُلْ شَبَقُه بذلكَ فهو الآنَ مضطرٌّ إلى الجِماع، وأمامه حائضٌ وصائمةٌ، هناك احتمالانِ، فقِيلَ: يطَأُ الحائضَ؛ لأنَّ وَطْءَ الحائضِ لا يَستلزم إفسادَ عبادةٍ، غاية ما هنالك أنه وطءٌ مُحَرَّم، ولكن ليس هناك عِبَادة تَفْسُد على المرأةِ، وقال بعضهم: بل يَطَأُ الصائمةَ؛ لأنَّ إفسادَ صومِ الصائمةِ جائزٌ لمصلحةِ الغيرِ، ولهذا تُفْطِرُ المُرْضِعُ من أجلِ الولدِ دفعًا لضرورةِ الغيرِ، فهنا أيضًا تُفطِر الصائمةُ دَفعًا لضرورةِ الغيرِ، وهو زَوجها الَّذِي لا تَندفِع ضرورتُه إلَّا بالجِماع، وهذا هو الصَّحِيحُ، يعني أنَّنا نقدِّم الصائمةَ؛ لأنَّ فِطرَ الصَّائمةِ لمصلحةِ الغيرِ ثابتٌ، ووطء الحائضِ لم يَجُزْ بأيِّ حالٍ منَ الأحوالِ، ولأنَّ في وطءِ الحائضِ أذًى عليها وعلى الزَّوْج، وهو أيضًا مُسْتَقْذَر، ولهذا كَانَ الرَّسولُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إذا أراد أنْ يَستمتعَ بالحائضِ يَأْمُرها أنْ تَتَّزِرَ(١)؛ لئلَّا يشاهِد الدِّماء، وأمَّا وَطْءُ الصائمةِ فليس كذلكَ، ثُمَّ إنَّ الصَّائمةَ عند إرادةِ الوطءِ تَنوي الفِطر وتُفطر، فيصادفها الجِماع وهي مُفْطِرَةٌ لِعُذْر غير صائمة، وحينئذٍ لا يَنتهِك المُجامِعُ حُرمةَ الصومِ، فإنَّ غايةَ ما يَأتيها منَ الضَّرر أنْ تُفطِرَ هذا اليومَ ثُمَّ تَقْضِيه، والله أعلم.

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب الحيض، باب مباشرة الحائض، رقم (٣٠٢)، ومسلم: كتاب الحيض، باب مباشرة الحائض فوق الإزار، رقم (٢٩٣).

وَأَمَّا نِكَاحُ الْإِمَاءِ وَوَطْءُ الْمُسْتَحَاضَةِ، فَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي رِوَايَتَيْهِ: إِنَّمَا يُبَاحُ وَطْءُ الْمُسْتَحَاضَةِ عِنْدَ خَوْفِ الْعَنَتِ وَعَدَمِ الطَّوْلِ لِنِكَاحِ غَيْرِهَا، وَظَاهِرُ هَذَا أَنَّ نِكَاحَ الْإِمَاءِ مُقَدَّمٌ عَلَيْهِ، وَيُوَجَّهُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ النَّصِّ عَلَى إِبَاحَةِ نِكَاحِ الْإِمَاءِ دُونَ وَطْءِ الْمُسْتَحَاضَةِ؛ فَإِنَّهُ فِي مَعْنَى وَطْءِ الْحَائِضِ؛ لِكَوْنِهِ دَمَ أَذًى[١].

وَمِنْهَا: إِذَا أُلْقِيَ فِي السَّفِينَةِ نَارٌ، وَاسْتَوَى الْأَمْرَانِ فِي الْهَلَاكِ، أَعْنِي الْمُقَامَ فِي النَّارِ وَإِلْقَاءَ النُّفُوسِ فِي الْمَاءِ، فَهَلْ يَجُوزُ إِلْقَاءُ النُّفُوسِ فِي الْمَاءِ، أَوْ يَلْزَمُ الْمُقَامُ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَالْمَنْقُولُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا أَنَّهُ قَالَ: أَكْرَهُ طَرْحَ نُفُوسِهِمْ فِي الْبَحْرِ.

---

[١] الواقع أنَّ وطءَ المستحاضةِ لا يَرِد على القولِ الرّاجحِ؛ لأنَّ القولَ الرّاجِحَ أنَّ وطءَ المستحاضةِ جائزٌ وليس حرامًا، ودليلُه قوله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِۖ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُواْ ٱلنِّسَآءَ فِي ٱلْمَحِيضِۖ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة:٢٢٢]، والمستحاضة ليستْ حائضًا، والمستحاضة طاهرةٌ، ولو كَانَ وطء المستحاضةِ حَرامًا لبيَّنَه النبيُّ ﷺ؛ لأنه قدِ استحيض في عهدِ الرَّسولِ أكثرُ من عشرينَ امرأةً، ومع ذلك لم يَرِد نصٌّ واحدٌ يدلُّ على منع أزواجهنَّ منَ الوطءِ، وإذا كَانَ وطءُ المستحاضةِ حَلالًا فإنَّ هذا الفرعَ الَّذِي ذكره ابن عَقيلٍ يكون ممنوعًا منَ الأصلِ، فإنَّ الرَّجُلَ إذا اضطرَّ إمَّا إلى الاستمناءِ أو إلى وطءِ المُستحاضَة، فالقول الرّاجحُ أنْ نقولَ: يَطَأُ المُستحاضَةَ، حَتَّى وإنْ لم يضطرَّ، حَتَّى ولو كَانَ على سبيلِ التَّمتُّع العادي، فإنه لا حرجَ عليه في ذلك.

وقوله: «**قال ابن عقيل في رِوَايَتَيْهِ**» هو كتاب الرِّوايتينِ لابنِ عقيلٍ.

وَقَالَ فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُد: يَصْنَعُ كَيْفَ شَاءَ، قِيلَ لَهُ: هُوَ فِي اللُّجِّ لَا يَطْمَعُ فِي النَّجَاةِ، قَالَ: لَا أَدْرِي. فَتَوَقَّفَ، وَرَجَّحَ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ وُجُوبَ الْمُقَامِ مَعَ تَيَقُّنِ الْهَلَاكِ فِيهِمَا؛ لِئَلَّا يَكُونَ قَاتِلًا لِنَفْسِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَتَيَقَّنُوا ذَلِكَ؛ لِاحْتِمَالِ النَّجَاةِ بِالْإِلْقَاءِ[1].

---

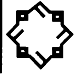
[١] هذه المسألةُ مُشْكِلَة، شبَّ حريقٌ في السَّفينة، فهنا إنْ رأَوْا أنَّ الأقربَ إلى النجاةِ البقاءُ لَزِمَهُمُ البقاءُ، وإنْ رأوا أنَّ الأقربَ أنْ يُلْقُوا أنفسَهم في الماءِ وجبَ عليهمُ الإلقاءُ، وهذا واضحٌ، لكن إذا شَكُّوا في الأمرِ، وتساوَى عندهم الأمرانِ، فهل يَبْقَوْنَ حَتَّى تَأْكُلَهُمُ النارُ أم يُلْقُونَ بأنفسهم في الماءِ فيَغرقونَ، أيُّهما أَولى، إذا لـم يُمْكِنْ إِلَّا الهلاك بالنار أو الهلاك بالإلقاء؟ أنا أقول: يَبقونَ؛ لأنهم إذا ألقَوْا أنفسهم صار هَلاكُهم بِفِعْلِهِمْ، وإذا بقوا صارَ هلاكهم بغيرِ فِعلهم، فالنار هي الَّتِي جاءتْ إليهم.

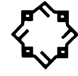
وهذه المسألةُ فيما إذا لم يكنْ هناك ترجيحٌ، أمَّا إذا كَانَ هناك ترجيحٌ وجبَ الفعلُ الرّاجحُ، يعني لو قالوا: واللهِ إذا نزلنا في الماءِ ربَّما يرانا أحدٌ مثلًا في الوقتِ الحاضرِ؛ طائرات هليوكبتر يمكن أنْ يرونا وينقذونا، لكن الكلام على أنه لا يمكن أنْ يكونَ هناك راجِح، لا في الإلقاءِ ولا في البقاءِ، فنقول: إنَّ البقاءَ أَولى. وهذا إذا وقعَ باختيارِهِ، أمَّا إذا رأى النارَ وصلتْ إلى قدمِه مثلا فهربَ هروبًا غيرَ إراديٍّ، فهذا شيءٌ آخرُ، لكن إذا صار عند الإنسانِ رَبَاطةُ جَأش فيَصْبِر.

وهذه مسألة فَرَضِيَّة، إذا شبَّت نار في مكَانِه، لكن أراد أنْ يهربَ إلى مكانٍ فيه نارٌ، هل نقول: يجبُ عليك أنْ تهربَ من هذهِ النارِ إلى هذهِ النارِ؟ لا، لا يجب عليه،

ولا يَجُوز أيضًا؛ لأَنَّه إذا ذهبَ إلى هذهِ النَّارِ فقدْ ألقَى نفسَه هو في الهلاكِ، أمَّا هذا فقد جاءه الهلاكُ، وفِعله أمامَ الهلاك الَّذِي في مكانه فعلٌ سلبيٌّ، لكن غاية ما يُقَال: إنَّه لم يفعلْ، لكن إذا ذهبَ إلى ما فيه الهلاكُ فيُقَال: إنه فعلَ وألقى بنفسِهِ إلى الهلاكِ.








القَاعِدَةُ الثَّالِثَةَ عَشَرَ بَعْدَ المِائَةِ



إِذَا وَجَدْنَا جُمْلَةً ذَاتَ أَعْدَادٍ مُوَزَّعَةٍ عَلَى جُمْلَةٍ أُخْرَى، فَهَلْ يَتَوَزَّعُ أَفْرَادُ الجُمَلِ المُوَزَّعَةِ عَلَى أَفْرَادِ الْأُخْرَى، أَوْ كُلُّ فَرْدٍ عَلَى مَجْمُوعِ الجُمْلَةِ الْأُخْرَى، هَذِهِ عَلَى قِسْمَيْنِ:

الْأَوَّلُ: أَنْ تُوجَدَ قَرِينَةٌ تَدُلُّ عَلَى تَعْيِينِ أَحَدِ الْأَمْرَيْنِ، فَلَا خِلَافَ فِي ذَلِكَ.

فَمِثَالُ مَا دَلَّتِ الْقَرِينَةُ فِيهِ عَلَى تَوْزِيعِ الجُمْلَةِ عَلَى الجُمْلَةِ الْأُخْرَى - فَيُقَابَلُ كُلُّ فَرْدٍ كَامِلٍ بِفَرْدٍ يُقَابِلُهُ، إِمَّا لِجَرَيَانِ الْعُرْفِ، أَوْ دَلَالَةِ الشَّرْعِ عَلَى ذَلِكَ، وَإِمَّا لِاسْتِحَالَةِ مَا سِوَاهُ - أَنْ يَقُولَ لِزَوْجَتَيْهِ: إِنْ أَكَلْتُمَا هَذَيْنِ الرَّغِيفَيْنِ فَأَنْتُمَا طَالِقَتَانِ، فَإِذَا أَكَلَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا رَغِيفًا طَلُقَتْ؛ لِاسْتِحَالَةِ أَكْلِ كُلِّ وَاحِدَةٍ لِلرَّغِيفَيْنِ.

أَوْ يَقُولَ لِعَبْدَيْهِ: إِنْ رَكِبْتُمَا دَابَّتَيْكُمَا أَوْ لَبِسْتُمَا ثَوْبَيْكُمَا، أَوْ تَقَلَّدْتُمَا سَيْفَيْكُمَا، أَوِ اعْتَقَلْتُمَا رُمْحَكُمَا، أَوْ دَخَلْتُمَا بِزَوْجَتَيْكُمَا، فَأَنْتُمَا حُرَّانِ، فَمَتَى وُجِدَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ رُكُوبُ دَابَّتِهِ، أَوْ لُبْسُ ثَوْبٍ، أَوْ تَقَلُّدُ سَيْفِهِ أَوْ رُمْحِهِ، أَوِ الدُّخُولُ بِزَوْجَتِهِ، تَرَتَّبَ عَلَيْهِمَا الْعِتْقُ؛ لِأَنَّ الِانْفِرَادَ بِهَذَا عُرْفِيٌّ، وَفِي بَعْضِهِ شَرْعِيٌّ، فَيَتَعَيَّنُ صَرْفُهُ إِلَى تَوْزِيعِ الجُمْلَةِ عَلَى الجُمْلَةِ، ذَكَرَهُ فِي المُغْنِي.

وَمِثَالُ مَا دَلَّتِ الْقَرِينَةُ فِيهِ عَلَى تَوْزِيعِ كُلِّ فَرْدٍ مِنْ أَفْرَادِ الجُمْلَةِ عَلَى جَمِيعِ أَفْرَادِ

الجُمْلَةِ الْأُخْرَى، أَنْ يَقُولَ رَجُلٌ لِزَوْجَتَيْهِ: إِنْ كَلَّمْتُمَا زَيْدًا أَوْ كَلَّمْتُمَا عَمْرًا فَأَنْتُمَا طَالِقَتَانِ، فَلَا تَطْلُقَانِ حَتَّى تُكَلِّمَ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا زَيْدًا وَعَمْرًا.

الْقِسْمُ الثَّانِي: أَنْ لَا يَدُلَّ عَلَى إِرَادَةِ أَحَدِ التَّوْزِيعَيْنِ:

فَهَلْ يُحْمَلُ التَّوْزِيعُ عِنْدَ هَذَا الْإِطْلَاقِ عَلَى الْأَوَّلِ أَوِ الثَّانِي؟ فِي المَسْأَلَةِ خِلَافٌ، وَالْأَشْهَرُ أَنَّهُ يُوَزَّعُ كُلٌّ مِنْ أَفْرَادِ الجُمْلَةِ عَلَى جَمِيعِ أَفْرَادِ الجُمْلَةِ الْأُخْرَى إِذَا أَمْكَنَ، وَصَرَّحَ بِذَلِكَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَأَبُو الخَطَّابِ فِي مَسْأَلَةِ الظِّهَارِ مِنْ نِسَائِهِ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ.

وَكَذَلِكَ لَا يُذْكَرُ الخِلَافُ إِلَّا فِي بَعْضِ الصُّوَرِ، وَيَجِبُ طَرْدُهُ فِي سَائِرِهَا مَا لَمْ يَمْنَعْ مِنْهُ مَانِعٌ، وَلِذَلِكَ أَمْثِلَةٌ كَثِيرَةٌ:

فَمِنْهَا: قَوْلُهُ ﷺ فِي تَعْلِيلِ مَسْحِهِ الخُفَّيْنِ: «**إِنِّي أَدْخَلْتُهُمَا وَهُمَا طَاهِرَتَيْنِ**»[1]، هَلِ المُرَادُ أَنَّهُ أَدْخَلَ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْ قَدَمَيْهِ الخُفَّيْنِ وَكُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا طَاهِرَةٌ أَوِ المُرَادُ أَنَّهُ أَدْخَلَ كُلَّ الْقَدَمَيْنِ الخُفَّيْنِ وَكُلُّ قَدَمٍ فِي حَالِ إِدْخَالِهَا طَاهِرَةٌ؟

وَيَنْبَنِي عَلَى ذَلِكَ مَسْأَلَةُ مَا إِذَا غَسَلَ إِحْدَى رِجْلَيْهِ ثُمَّ أَدْخَلَهَا الخُفَّ، ثُمَّ غَسَلَ الْأُخْرَى وَأَدْخَلَهَا الخُفَّ، فَعَلَى التَّوْزِيعِ الْأَوَّلِ، وَهُوَ تَوْزِيعُ المُفْرَدِ عَلَى الجُمْلَةِ، لَا يَجُوزُ المَسْحُ؛ لِأَنَّهُ فِي حَالِ إِدْخَالِ الرِّجْلِ الْأُولَى الخُفَّ لَمْ تَكُنِ الرِّجْلَانِ طَاهِرَتَيْنِ.

وَعَلَى الثَّانِي، وَهُوَ تَوْزِيعُ المُفْرَدِ عَلَى المُفْرَدِ يَصِحُّ، وَفِي المَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ عَنْ

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب الوضوء، باب إذا أدخل رجليه وهما طاهرتان، رقم (٢٠٦)، ومسلم: كتاب الطهارة، باب المسح على الخفين، رقم (٢٧٤).

أَحْمَدَ، وَلَكِنَّ الْقَائِلَ بِأَنَّ الحَدَثَ الْأَصْغرَ لَا يَتبَعَّضُ، وَأَنَّهُ لَا يَرْتَفِعُ إِلَّا بَعْدَ اسْتِكْمَالِ الطَّهَارَةِ بِمَنْعِ طَهَارَةِ الرِّجْلِ الْأُولَى عِنْدَ دُخُولِ الخُفِّ، نَعَمْ وُجِدَتْ طَهَارَتُهُمَا عِنْدَ اسْتِكْمَالِ لُبْسِ الخُفَّيْنِ، وَذَلِكَ مِنْ بَابِ تَوْزِيعِ الجُمْلَةِ عَلَى الجُمْلَةِ.

وَمِنْهَا: مَسْأَلَةُ مُدِّ عَجْوَةٍ، وَهِيَ قَاعِدَةٌ عَظِيمَةٌ بِنَفْسِهَا، فَلْنَذْكُرْ هَاهُنَا مَضْمُونَهَا مُلَخَّصًا: إِذَا بَاعَ رِبَوِيًّا بِجِنْسِهِ وَمَعَهُ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ مِنَ الطَّرَفَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا، كَمُدِّ عَجْوَةٍ وَدِرْهَمٍ بِمُدِّ عَجْوَةٍ، أَوْ مُدِّ عَجْوَةٍ وَدِرْهَمٍ بِمُدَّيْ عَجْوَةٍ بِدِرْهَمَيْنِ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ:

أَشْهَرُهُمَا: بُطْلَانُ الْعَقْدِ، وَلَهُ مَأْخَذَانِ:

أَحَدُهُمَا، وَهُوَ مَسْلَكُ الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ: أَنَّ الصَّفْقَةَ إِذَا اشْتَمَلَتْ عَلَى شَيْئَيْنِ مُخْتَلِفَي الْقِيمَةِ يُقَسَّطُ الثَّمَنُ عَلَى قِيمَتِهِمَا، وَهَذَا يُؤَدِّي هَاهُنَا إِمَّا إِلَى يَقِينِ التَّفَاضُلِ وَإِمَّا إِلَى الجَهْلِ بِالتَّسَاوِي، وَكِلَاهُمَا مُبْطِلٌ لِلْعَقْدِ فِي أَمْوَالِ الرِّبَا.

وَبَيَانُ ذَلِكَ: أَنَّهُ إِذَا بَاعَ مُدًّا يُسَاوِي دِرْهَمَيْنِ، وَدِرْهَمًا بِمُدَّيْنِ يُسَاوِيَانِ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ، كَانَ الدِّرْهَمُ فِي مُقَابَلَةِ ثُلُثَيْ مُدٍّ، وَيَبْقَى مُدٌّ فِي مُقَابَلَةِ مُدٍّ وَثُلُثٍ، وذَلِكَ رِبًا.

وَكَذَلِكَ إِذَا بَاعَ مُدًّا يُسَاوِي دِرْهَمَيْنِ وَدِرْهَمًا بِمُدَّيْنِ يُسَاوِيانِ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ، فَإِنَّهُ يَتَقَابَلُ الدِّرْهَمُ بِثُلُثَيْ مُدٍّ، وَيَبْقَى مُدٌّ وَثُلُثُ مُدٍّ فِي مُقَابَلَةِ مُدٍّ.

وَأَمَّا إِنْ فُرِضَ التَّسَاوِي، كَمُدٍّ يُسَاوِي دِرْهَمًا وَدِرْهَم بِمُدٍّ يُسَاوِي دِرْهَمَيْنِ، فَإِنَّ التَّقْوِيمَ ظَنٌّ وَتَخْمِينٌ، فَلَا يَتَعَيَّنُ مَعَهُ الْمُسَاوَاةُ، وَالجَهْلُ بِالتَّسَاوِي هَاهُنَا كَالْعِلْمِ بِالتَّفَاضُلِ.

فَلَوْ فُرِضَ أَنَّ الْمُدَّيْنِ مِنْ شَجَرَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ مِنْ زَرْعٍ وَاحِدٍ، وَأَنَّ الدِّرْهَمَيْنِ مِنْ نَقْدٍ وَاحِدٍ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ احْتِمَالَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: الجَوَازُ؛ لِتَحَقُّقِ الْمُسَاوَاةِ.

وَالثَّانِي: الْمَنْعُ لِجَوَازِ أَنْ يَتَغَيَّرَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْعَقْدِ، فَتَنْقُصَ قِيمَتُهُ وَحْدَهُ، وَصَحَّحَ أَبُو الخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ الْمَنْعَ، قَالَ: لِأَنَّا لَا نُقَابِلُ مُدًّا بِمُدٍّ، وَدِرْهَمًا بِدِرْهَمٍ، بَلْ نُقَابِلُ مُدًّا بِنِصْفِ مُدٍّ وَنِصْفِ دِرْهَمٍ، وَكَذَلِكَ لَوْ خَرَجَ مُسْتَحَقًّا لَاسْتُرِدَّ ذَلِكَ، وَحِينَئِذٍ فَالجَهْلُ بِالتَّسَاوِي قَائِمٌ، هَذَا مَا ذَكَرَهُ فِي تَقْرِيرِهِ هَذِهِ الطَّرِيقَةَ. وَهُوَ عِنْدِي ضَعِيفٌ؛ لِأَنَّ الْمُنْقَسِمَ هُوَ قِيمَةُ الثَّمَنِ عَلَى قِيمَةِ الْمُثَمَّنِ، لَا إِجْرَاءُ أَحَدِهِمَا عَلَى قِيمَةِ الْآخَرِ، فَفِيمَا إِذَا بَاعَ مُدًّا يُسَاوِي دِرْهَمَيْنِ وَدِرْهَمًا بِمُدَّيْنِ يُسَاوِيَانِ ثَلَاثَةً لَا نَقُولُ: الدِّرْهَمُ مُقَابَلٌ بِثُلُثَيْ مُدٍّ، بَلْ نَقُولُ: ثُلُثُ الثَّمَنِ مُقَابَلٌ بِثُلُثِ الْمُثَمَّنِ، فَنُقَابِلُ ثُلُثَ الْمُدَّيْنِ بِثُلُثِ مُدٍّ وَثُلُثِ دِرْهَمٍ، وَنُقَابِلُ ثُلُثَي الْمُدَّيْنِ بِثُلُثَيْ مُدٍّ وَثُلُثَيْ دِرْهَمٍ، فَلَا تَنْفَكُّ مُقَابَلَةُ كُلِّ جُزْءٍ مِنَ الْمُدَّيْنِ بِجُزْءٍ مِنَ الْمُدِّ وَالدِّرْهَمِ، وَلِهَذَا لَوْ بَاعَ شِقْصًا وَسَيْفًا بِمِائَةِ دِرْهَمٍ وَعَشَرَةِ دَنَانِيرَ لَأَخَذَ الشَّفِيعُ الشِّقْصَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ، نَعَمْ نَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ مَا يُقَابِلُ الدَّرَاهِمَ أَوِ الْمُدَّ مِنَ الجُمْلَةِ الْأُخْرَى إِذَا ظَهَرَ أَحَدُهُمَا مُسْتَحَقًّا، أَوْ رُدَّ بِعَيْبٍ أَوْ غَيْرِهِ، لِيُرَدَّ مَا قَابَلَهُ مِنْ عِوَضِهِ، حَيْثُ كَانَ الْمَرْدُودُ هَاهُنَا مُعَيَّنًا مُفْرَدًا.

أَمَّا مَعَ صِحَّةِ الْعَقْدِ فِي الْكُلِّ وَاسْتِدَامَتِهِ فَإِنَّا نُوَزِّعُ أَجْزَاءَ الثَّمَنِ عَلَى أَجْزَاءِ الْمُثَمَّنِ بِحَسَبِ الْقِيمَةِ، وَحِينَئِذٍ فَالْمُفَاضَلَةُ الْمُتَيَقَّنَةُ كَمَا ذَكَرُوهُ مُنْتَفِيَةٌ، وَأَمَّا أَنَّ الْمُسَاوَاةَ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ فَقَدْ تُعْلَمُ فِي بَعْضِ الصُّوَرِ كَمَا سَبَقَ.

وَالمَأْخَذُ الثَّانِي: أَنَّ ذَلِكَ مَمْنُوعٌ؛ سَدًّا لِذَرِيعَةِ الرِّبَا؛ فَإِنَّ اتِّخَاذَ ذَلِكَ حِيلَةً عَلَى الرِّبَا الصَّرِيحِ وَاقِعٌ كَبَيْعِ مِائَةِ دِرْهَمٍ فِي كِيسٍ بِمِائَتَيْنِ، جَعْلًا لِلْمِائَةِ فِي مُقَابَلَةِ الْكِيسِ، وَقَدْ لَا يُسَاوِي دِرْهَمًا، فَمُنِعَ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَا مَقْصُودَيْنِ حَسْمًا لِهَذِهِ المَادَّةِ، وَفِي كَلَامِ أَحْمَدَ إِيمَاءٌ إِلَى هَذَا المَأْخَذِ.

وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ: يَجُوزُ ذَلِكَ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ مَعَ الرِّبَوِيِّ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ مِنَ الطَّرَفَيْنِ، أَوْ يَكُونَ مَعَ أَحَدِهِمَا، وَلَكِنَّ الْمُفْرَدَ أَكْثَرُ مِنَ الَّذِي مَعَهُ غَيْرُهُ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ جَمَاعَةٍ؛ جَعْلًا لِغَيْرِ الجِنْسِ فِي مُقَابَلَةِ الجِنْسِ، وَفِي مُقَابَلَةِ الزِّيَادَةِ، وَمِنَ الْمُتَأَخِّرِينَ كَالسَّامَرِّيِّ مَنْ يَشْتَرِطُ فِيهَا إِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ مِنَ الجَانِبَيْنِ التَّسَاوِيَ؛ جَعْلًا لِكُلِّ جِنْسٍ فِي مُقَابَلَةِ جِنْسِهِ، وَهُوَ أَوْلَى مِنْ جَعْلِ الجِنْسِ فِي مُقَابَلَةِ غَيْرِهِ، لَا سِيَّمَا مَعَ اخْتِلَافِهِمَا فِي الْقِيمَةِ، وَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ فَإِنَّمَا يَجُوزُ ذَلِكَ مَا لَمْ يَكُنْ حِيلَةً عَلَى الرِّبَا، وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا الشَّرْطِ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ، وَلَا بُدَّ مِنْهُ، وَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ يَكُونُ التَّوْزِيعُ هَاهُنَا لِلْأَفْرَادِ عَلَى الْأَفْرَادِ، وَعَلَى الرِّوَايَةِ الْأُولَى هُوَ مِنْ بَابِ تَوْزِيعِ الْأَفْرَادِ عَلَى الجُمَلِ، أَوْ تَوْزِيعِ الجُمَلِ عَلَى الجُمَلِ.

وَلِلْأَصْحَابِ فِي المَسْأَلَةِ طَرِيقَةٌ ثَانِيَةٌ: وَهُوَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمُحَلَّى بِجِنْسِ حِلْيَتِهِ قَوْلًا وَاحِدًا، وَفِي بَيْعِهِ بِنَقْدٍ آخَرَ رِوَايَتَانِ.

وَيَجُوزُ بَيْعُهُ بِعَرْضٍ رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ وَابْنِ أَبِي مُوسَى وَالشِّيرَازِيِّ وَأَبِي مُحَمَّدٍ التَّمِيمِيِّ وَأَبِي عَبْدِ اللهِ الحُسَيْنِ الْهَمْدَانِيِّ فِي كِتَابِ الْمُقْتَدَى، وَمِنْ هَؤُلَاءِ مَنْ جَزَمَ بِالمَنْعِ مِنْ بَيْعِهِ بِنَقْدٍ مِنْ جِنْسِهِ وَغَيْرِ جِنْسِهِ؛ كَأَبِي بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ.

وَقَالَ الشِّيرَازِيُّ: الْأَظْهَرُ الْمَنْعُ، وَمِنْهُمْ مَنْ جَزَمَ بِالْجَوَازِ فِي بَيْعِهِ بِغَيْرِ جِنْسِهِ كَالتَّمِيمِيِّ، وَمِنْهُمْ مَنْ حَكَى الْخِلَافَ كَابْنِ أَبِي مُوسَى، وَنَقَلَ الْبُرْزَاطِيُّ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَشْهَدُ لِهَذِهِ الطَّرِيقَةِ فِي حَلْيٍ صُنِعَ مِنْ مِائَةِ دِرْهَمٍ فِضَّةً وَمِائَةِ نُحَاسٍ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ كُلِّهِ بِالْفِضَّةِ وَلَا بِالذَّهَبِ وَلَا بِوَزْنِهِ مِنَ الْفِضَّةِ وَالنُّحَاسِ.

وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ حَتَّى يُخَلِّصَ الْفِضَّةَ مِنَ النُّحَاسِ، وَبَيْعُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَحْدَهُ، وَفِي تَوْجِيهِ هَذِهِ الطَّرِيقَةِ غُمُوضٌ، وَحَاصِلُهُ أَنَّ بَيْعَ الْمُحَلَّى بِنَقْدٍ مِنْ جِنْسِهِ قَبْلَ التَّمْيِيزِ وَالتَّفْصِيلِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ حِلْيَتِهِ يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ رِبَوِيٌّ بِجِنْسِهِ مِنْ غَيْرِ تَحَقُّقِ مُسَاوَاةٍ؛ لِأَنَّ بَعْضَ الثَّمَنِ يُقَابِلُ الْعَرْضَ، فَيَبْقَى الْبَاقِي مُقَابِلًا لِلرِّبَوِيِّ، وَلَا تَتَحَقَّقُ مُسَاوَاتُهُ.

وَأَمَّا مَعَ تَمْيِيزِ الرِّبَوِيِّ وَمَعْرِفَةِ مِقْدَارِهِ فَإِنَّمَا مَنَعُوا مِنْهُ إِذَا ظَهَرَ فِيهِ وَجْهُ الْحِلْيَةِ، أَوْ كَانَ التَّفَاضُلُ فِيهِ مُتَيَقَّنًا؛ كَبَيْعِ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ مَكْسُورَةٍ بِثَمَانِيَةٍ صِحَاحٍ وَفَلْسَيْنِ، أَوْ أَلْفِ صِحَاحٍ بِأَلْفٍ مَكْسُورَةٍ وَثَوْبٍ، أَوْ أَلْفٍ صِحَاحٍ وَدِينَارٍ بِأَلْفٍ وَمِائَةٍ مَكْسُورَةٍ، هَكَذَا ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى.

وَأَمَّا بَيْعُهُ بِنَقْدٍ آخَرَ أَوْ بِرِبَوِيٍّ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ، وَلَكِنَّ عِلَّةَ الرِّبَا فِيهَا وَاحِدَةٌ، فَالْخِلَافُ فِيهِ مَبْنِيٌّ عَلَى الْخِلَافِ فِي بَيْعِ الْمَوْزُونَاتِ وَالْمَكِيلَاتِ، وَبَعْضُهَا بِبَعْضٍ جُزَافًا، وَفِي جَوَازِهِ رِوَايَتَانِ.

وَاخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي فِي خِلَافِهِ الْمَنْعَ بِأَنَّهُ لَوِ اسْتَحَقَّ أَحَدُهُمَا لَمْ يَدْرِ بِمَا يَرْجِعُ عَلَى صَاحِبِهِ، فَيُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا مِنْ جِهَةِ الْعَقْدِ، وَهَكَذَا عَلَّلَ أَهْلُ هَذِهِ الطَّرِيقَةِ الْمَنْعَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَفِيهِ ضَعْفٌ؛ فَإِنَّ الْمُسْتَحَقَّ لَمْ يَصِحَّ

الْعَقْدُ فِيهِ وَعِوَضُهُ ثَابِتٌ فِي الذِّمَّةِ، فَيَجُوزُ الْمُصَالَحَةُ عَنْهُ كَسَائِرِ الدُّيُونِ الْمَجْهُولَةِ، وَهَذَا الْخِلَافُ يُشْبِهُ الْخِلَافَ فِي اشْتِرَاطِ الْعِلْمِ بِرَأْسِ مَالٍ وَضَبْطِ صِفَاتِهِ، وَأَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ فِي جِنْسَيْنِ لَمْ يَجُزْ حَتَّى يُبَيِّنَ قَسْطَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ فَإِنَّ السَّلَمَ وَالصَّرْفَ مُتَقَارِبَانِ، وَهَذَا كُلُّهُ فِي الْجِنْسَيْنِ.

فَأَمَّا بَيْعُ نَوْعَيْ جِنْسٍ بِنَوْعٍ مِنْهُ فَفِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ حُكْمَ نَوْعَيِ الْجِنْسِ حُكْمُ الْجِنْسَيْنِ، وَهُوَ طَرِيقُ الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ نَظَرًا؛ لِأَنَّ تَوْزِيعَ الْعِوَضِ بِالْقِيمَةِ، فَيُؤَدِّي ذَلِكَ هَاهُنَا إِلَى تَعَيُّنِ الْمُفَاضَلَةِ، وَلَيْسَ هَاهُنَا شَيْءٌ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ يُجْعَلُ فِي مُقَابَلَةِ الْفَاضِلِ.

وَالثَّانِي: الْجَوَازُ هَاهُنَا، وَهُوَ طَرِيقُ أَبِي بَكْرٍ، وَرَجَّحَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِي وَالتَّلْخِيصِ نَظَرًا إِلَى أَنَّ الْجَوْدَةَ وَالرَّدَاءَةَ لَا تُعْتَبَرُ فِي الرِّبَوِيَّاتِ مَعَ اتِّحَادِ النَّوْعِ، فَكَذَا فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ، وَالتَّقْسِيطُ إِنَّمَا يَكُونُ فِي غَيْرِ أَمْوَالِ الرِّبَا، أَوْ فِي الْجِنْسِ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ بَاعَ نَوْعًا بِنَوْعٍ يَشْتَمِلُ عَلَى جَيِّدٍ وَرَدِيءٍ، فَإِنَّ الْمَذْهَبَ جَوَازُهُ، وَلَكِنْ ذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ فِيهِ احْتِمَالًا بِالْمَنْعِ، وَنَقَلَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ أَحْمَدَ إِنْ كَانَ نَقْدًا لَمْ يَجُزْ، فَإِنْ كَانَ ثَمَرًا جَازَ، وَالْفَرْقُ أَنَّ أَنْوَاعَ الثِّمَارِ يَكْثُرُ اخْتِلَاطُهَا، وَيَشُقُّ تَمْيِيزُهَا، بِخِلَافِ أَنْوَاعِ النُّقُودِ، وَهَذَا كُلُّهُ فِيمَا إِذَا كَانَ الرِّبَوِيُّ مَقْصُودًا بِالْعَقْدِ، فَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَقْصُودٍ بِالْأَصَالَةِ، وَإِنَّمَا هُوَ تَابِعٌ لِغَيْرِهِ، فَهَذَا ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ:

أَحَدُهَا: مَا لَا يُقْصَدُ عَادَةً، وَلَا يُبَاعُ مُفْرَدًا، كَتَزْوِيقِ الدَّارِ وَنَحْوِهِ، فَلَا يُمْنَعُ مِنَ الْبَيْعِ بِجِنْسِهِ بِالِاتِّفَاقِ.

وَالثَّانِي: مَا يُقْصَدُ تبعًا لِغَيْرِهِ، وَلَيْسَ أَصْلًا لِمَالِ الرِّبَا؛ كَبَيْعِ الْعَبْدِ ذِي الْمَالِ بِمَالٍ مِنْ جِنْسِهِ إِذَا كَانَ الْمَقْصُودُ الْأَصْلِيُّ هُوَ الْعَبْدَ، وَفِيهِ ثَلَاثُ طُرُقٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ يَصِحُّ رِوَايَةً وَاحِدَةً، سَوَاءٌ قُلْنَا: إِنَّ الْعَبْدَ يَمْلِكُ أَوْ لَا يَمْلِكُ، وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي بَكْرٍ وَالْخِرَقِيِّ، وَالْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَابْنِ عَقِيلٍ فِي مَوَاضِعَ مِنْ فُصُولِهِ، وَصَاحِبِ الْمُغْنِي، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ.

وَالثَّانِيَةُ: الْبِنَاءُ عَلَى مِلْكِ الْعَبْدِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ يَصِحُّ؛ لِأَنَّ الْمَالَ مِلْكُ الْعَبْدِ، فَلَيْسَ بِدَاخِلٍ فِي عَقْدِ الْبَيْعِ؛ كَمَالِ الْمُكَاتَبِ لَا يَدْخُلُ مَعَهُ فِي بَيْعِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ اعْتُبِرَ لَهُ شُرُوطُ الْبَيْعِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ، وَأَبِي الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ.

وَالثَّالِثَةُ: طَرِيقَةُ صَاحِبِ الْمُحَرَّرِ؛ إِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ اعْتُبِرَ لَهُ شُرُوطُ الْبَيْعِ، وَإِنْ قُلْنَا يَمْلِكُ فَإِنْ كَانَ مَقْصُودًا اعْتُبِرَ لَهُ ذَلِكَ، وَإِلَّا فَلَا. وَأَنْكَرَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ أَنْ يَكُونَ الْقَصْدُ وَعَدَمُهُ مُعْتَبَرًا فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ وَفِي الظَّاهِرِ، وَهُوَ عُدُولٌ عَنْ قَوَاعِدِ الْمَذْهَبِ وَأُصُولِهِ.

النَّوْعُ الثَّالِثُ: مَا لَا يُقْصَدُ، وَهُوَ تَابِعٌ لِغَيْرِهِ، وَهُوَ أَصْلٌ لِمَالِ الرِّبَا إِذَا بِيعَ بِمَا فِيهِ، وَهُوَ ضَرْبَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يُمْكِنَ إِفْرَادُ التَّابِعِ بِالْبَيْعِ؛ كَبَيْعِ نَخْلَةٍ عَلَيْهَا رُطَبٌ بِرُطَبٍ. وَفِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا، وَهُوَ طَرِيقُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مُسْتَقِلٌّ بِنَفْسِهِ، فَوَجَبَ اعْتِبَارُ أَحْكَامِهِ بِنَفْسِهِ مُنْفَرِدًا عَنْ حُكْمِ الْأَصْلِ.

وَالثَّانِي: الجَوَازُ، وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي بَكْرٍ وَالخِرَقِيِّ وَابْنِ بطَّةَ وَالْقَاضِي فِي الخِلَافِ كَمَا سَبَقَ فِي بَيْعِ الْعَبْدِ ذِي المَالِ، وَاشْتَرَطَ ابْنُ بطَّةَ وَغَيْرُهُ أَنْ يَكُونَ الرُّطَبُ غَيْرَ مَقْصُودٍ، وَلِذَلِكَ شَرَطَ فِي بَيْعِ النَّخْلَةِ الَّتِي عَلَيْهَا ثَمَرٌ لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهُ أَنْ يَكُونَ الثَّمَرُ غَيْرَ مَقْصُودٍ، وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الحَارِثِ وَالْأَثْرَمِ، وَتَأَوَّلَهُ الْقَاضِي لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ، وَمَعْنَى قَوْلِنَا: غَيْرُ مَقْصُودٍ، أَيْ بِالْأَصَالَةِ، وَإِنَّمَا المَقْصُودُ فِي الْأَصْلِيِّ الشَّجَرُ، وَالثَّمَرُ مَقْصُودٌ تَبَعًا.

وَالضَّرْبُ الثَّانِي: أَنْ لَا يَكُونَ التَّابِعُ مِمَّا لَا يَجُوزُ إِفْرَادُهُ بِالْبَيْعِ؛ كَبَيْعِ شَاةٍ لَبُونٍ بِلَبَنٍ، أَوْ ذَاتِ صُوفٍ بِصُوفٍ، وَبَيْعِ الثَّمَرِ بِالنَّوَى، فَيَجُوزُ هَاهُنَا عِنْدَ الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ وَابْنِ حَامِدٍ وَابْنِ أَبِي مُوسَى، وَمَنَعَ مِنْهُ أَبُو بَكْرٍ وَالْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَقَدْ حُكِيَ فِي المَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ عَنْ أَحْمَدَ، وَلَعَلَّ المَنْعَ يُنَزَّلُ عَلَى مَا إِذَا كَانَ الرِّبَوِيُّ مَقْصُودًا، وَالجَوَازُ عَلَى عَدَمِ الْقَصْدِ، وَقَدْ صَرَّحَ بِاعْتِبَارِ عَدَمِ الْقَصْدِ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ، وَيَشْهَدُ لَهُ تَعْلِيلُ الْأَصْحَابِ كُلِّهِمُ الجَوَازَ بِأَنَّهُ تَابِعٌ غَيْرُ مَقْصُودٍ.

وَاعْلَمْ أَنَّ هَذِهِ المَسْأَلَةَ مُنْقَطِعَةٌ عَنْ مَسَائِلِ مُدِّ عَجْوَةٍ، وَأَنَّ الْقَوْلَ بِالجَوَازِ لَا يَتَقَيَّدُ بِزِيَادَةِ المُفْرَدِ عَلَى مَا مَعَهُ.

وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي بَيْعِ العَبْدِ الَّذِي لَهُ مَالٌ بِمَالٍ دُونَ الَّذِي مَعَهُ، وَقَالَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي مَسْأَلَةِ الْعَبْدِ وَالنَّوَى بِالثَّمَرِ، وَكَذَلِكَ المَنْعُ فِيهَا مُطْلَقٌ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ، وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ خَرَّجَهَا أَوْ بَعْضَهَا عَلَى مَسَائِلِ مُدِّ عَجْوَةٍ، فَفَرَّقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ المُفْرَدُ أَكْثَرَ مِنَ الَّذِي مَعَهُ غَيْرُهُ أَوْ لَا، وَقَدْ صَرَّحَ بِهِ طَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ كَأَبِي الخَطَّابِ وَابْنِ عَقِيلٍ فِي مَسْأَلَةِ الْعَبْدِ ذِي المَالِ، وَكَذَلِكَ حَكَى أَبُو الْفَتْحِ الحُلْوَانِيُّ

رِوَايَةً فِي بَيْعِ الشَّاةِ ذَاتِ الصُّوفِ وَاللَّبَنِ بِالصُّوفِ وَاللَّبَنِ؛ أَنَّهُ يَجُوزُ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ الْمُفْرَدُ أَكْثَرَ مِمَّا فِي الشَّاةِ مِنْ جِنْسِهِ، وَلَعَلَّ هَذَا مَعَ قَصْدِ اللَّبَنِ وَالصُّوفِ بِالْأَصَالَةِ وَالجَوَازِ مَعَ عَدَمِ الْقَصْدِ، فَيَرْتَفِعُ الخِلَافُ حِينَئِذٍ، وَاللهُ أَعْلَمُ. وَإِنْ حُمِلَ عَلَى إِطْلَاقِهِ فَهُوَ مُتَنَزِّلٌ عَلَى أَنَّ التَّبَعِيَّةَ هَاهُنَا لَا عِبْرَةَ فِيهَا، وَأَنَّ الرِّبَوِيَّ التَّابِعَ لِغَيْرِهِ فَهُوَ مُسْتَقِلٌّ بِنَفْسِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا بَاعَ رَجُلٌ عَبْدَيْنِ لَهُ مِنْ رَجُلَيْنِ بِثَمَنٍ وَاحِدٍ، فَإِنَّ المَبِيعَ يَقَعُ شَائِعًا بَيْنَهُمَا، فَيَكُونُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ كُلِّ عَبْدٍ، وَلَا يَتَخَرَّجُ هُنَا وَجْهٌ آخَرُ أَنْ يَكُونَ لِكُلِّ وَاحِدٍ عَبْدٌ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ عَدَمُ تَعْيِينِ المَبِيعِ، فَيَفْسُدُ الْبَيْعُ، نَعَمْ لَوْ كَانَ الْعَقْدُ مِمَّا يَصِحُّ بِهِ مُبْهَمًا كَالْوَصِيَّةِ وَالمَهْرِ وَالخُلْعِ تَوَجَّهَ هَذَا التَّخْرِيجُ فِيهِ.

وَلَوْ أَقَرَّ لِرَجُلٍ بِنِصْفِ عَبْدَيْنِ، ثُمَّ فَسَّرَهُ بِعَبْدٍ مُعَيَّنٍ قُبِلَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ لَهُ بِنِصْفِ هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ ثُمَّ فَسَّرَهُ بِأَحَدِهِمَا، ذَكَرَهُ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ مُطْلَقٌ، فَيَصِحُّ تَفْسِيرُهُ بِمُعَيَّنٍ، كَمَا لَوْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ نِصْفَ تَطْلِيقَتَيْنِ، فَإِنَّهَا تَطْلُقُ وَاحِدَةً.

وَأَمَّا إِذَا أَوْصَى لَهُ بِثُلُثِ ثَلَاثَةِ أَعْبُدٍ، ثُمَّ اسْتُحِقَّ مِنْهُمُ اثْنَانِ، فَهَلْ يُسْتَحَقُّ ثُلُثُ الْبَاقِي أَوْ كُلُّهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ. وَهَذَا قَدْ يُتَوَهَّمُ مِنْهُ قَبُولُ التَّفْسِيرِ بِعَبْدٍ مُفْرَدٍ مَعَ التَّعْيِينِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ، بَلْ مَأْخَذُ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ أَنَّهُ هَلْ يَدْخُلُ الْعَبِيدُ وَنَحْوُهُمْ قِسْمَةَ الْإِجْبَارِ أَمْ لَا؟ وَفِيهِ وَجْهَانِ، وَالمَنْصُوصُ دُخُولُهَا.

وَمِنْهَا: إِذَا رَهَنَهُ اثْنَانِ عَيْنَيْنِ، أَوْ عَيْنًا لَهُمَا صَفْقَةً وَاحِدَةً عَلَى دَيْنٍ لَهُ عَلَيْهِمَا،

مِثْلَ أَنْ يَرْهَنَاهُ دَارًا لَهُمَا عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ لَهُ عَلَيْهِمَا، نَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا عَلَى أَنَّ أَحَدَهُمَا إِذَا قَضَى مَا عَلَيْهِ وَلَمْ يَقْضِ الْآخَرُ أَنَّ الدَّارَ رَهْنٌ عَلَى مَا بَقِيَ.

فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ جَعَلَ نَصِيبَ كُلِّ وَاحِدٍ رَهْنًا بِجَمِيعِ الْحَقِّ؛ تَوْزِيعًا لِلْمُفْرَدِ عَلَى الْجُمْلَةِ، لَا عَلَى الْمُفْرَدِ، وَبِذَلِكَ جَزَمَ أَبُو بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ وَابْنُ أَبِي مُوسَى وَأَبُو الْخَطَّابِ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ صَاحِبِ التَّلْخِيصِ.

قَالَ الْقَاضِي: هَذَا بِنَاءً عَلَى الرِّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ: إِنَّ عَقْدَ الِاثْنَيْنِ مَعَ الْوَاحِدِ فِي حُكْمِ الصَّفْقَةِ الْوَاحِدَةِ.

أَمَّا إِذَا قُلْنَا بِالْمَذْهَبِ الصَّحِيحِ فِي حُكْمِ عَقْدَيْنِ، كَانَ نَصِيبُ كُلِّ وَاحِدٍ مَرْهُونًا بِنِصْفِ الدَّيْنِ. قَالَ: وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَمَّا رَهَنَ صَارَ كَفِيلًا عَنْ صَاحِبِهِ، فَلَا يَنْفَكُّ الرَّهْنُ فِي نَصِيبِهِ حَتَّى يُؤَدِّيَ بِجَمِيعِ مَا عَلَيْهِ، وَتَأَوَّلَهُ أَيْضًا فِي مَوْضِعٍ آخَرَ عَلَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَانَ كَفِيلًا عَنْ صَاحِبِهِ، فَإِذَا قَضَى أَحَدُهُمَا لَمْ يَنْفَكَّ حَقُّهُ مِنَ الرَّهْنِ؛ لِأَنَّهُ مُطَالَبٌ بِمَا ضَمِنَهُ.

قَالَ: وَأَمَّا إِنْ لَمْ يَضْمَنْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا عَلَى صَاحِبِهِ فَلَهُ الرُّجُوعُ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ. وَلَيْسَ فِي كَلَامِ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى الضَّمَانِ، وَقَدْ نَبَّهَ عَلَى ذَلِكَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ وَقَالَ: عَلَى هَذَا يَصِحُّ الرَّهْنُ مِمَّنْ لَيْسَ الدَّيْنُ عَلَيْهِ، وَعَلَى الْأَوَّلِ لَا يَصِحُّ، وَتَأَوَّلَ الْقَاضِي أَيْضًا فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبُ الْمُغْنِي كَلَامَ أَحْمَدَ عَلَى أَنَّ الرَّهْنَ انْفَكَّ فِي نَصِيبِ الْمُوفِي لِلدَّيْنِ، لَكِنْ لَيْسَ لِلرَّاهِنِ مُقَاسَمَةُ الْمُرْتَهِنِ؛ لِمَا عَلَيْهِ مِنَ الضَّرَرِ، لَا لِمَعْنَى أَنَّ الْمُعَيَّنَ يَكُونُ كُلُّهَا رَهْنًا، وَبِمِثْلِ ذَلِكَ تَأَوَّلَ صَاحِبُ الْمُغْنِي مَا قَالَهُ أَبُو الْخَطَّابِ وَالْحُلْوَانِيُّ وَغَيْرُهُمَا فِيمَنْ رَهَنَ عِنْدَ رَجُلَيْنِ فَوَفَّى

أَحَدُهُمَا أَنَّهُ يَبْقَى جَمِيعُهُ رَهْنًا عِنْدَ الْآخَرِ، وَتَأَوَّلَهُ عَلَى المَنْعِ مِنَ الْمُقَاسَمَةِ، وَهُوَ ضَعِيفٌ لِوَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ عَلَى أَنَّ الدَّارَ رَهْنٌ عَلَى مَا بَقِيَ.

وَالثَّانِي: أَنَّ انْفِكَاكَ أَحَدِ النَّصِيبَيْنِ وَقَبْضَ صَاحِبِهِ لَهُ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْمُقَاسَمَةِ؛ فَإِنَّ الشَّرِيكَ يَقْبِضُ نَصِيبَهُ الْمُشْتَرَكَ مِنْ غَيْرِ اقْتِسَامٍ، وَيَكُونُ قَبْضًا صَحِيحًا؛ إِذِ الْقَبْضُ يَتَأَتَّى فِي الْمُشَاعِ، وَيُشْبِهُ هَذِهِ المَسْأَلَةَ مَا إِذَا كَاتَبَ عَبْدَيْنِ لَهُ صَفْقَةً وَاحِدَةً بِعِوَضٍ وَاحِدٍ، ثُمَّ أَدَّى أَحَدُهُمَا حِصَّتَهُ مِنَ الْكِتَابَةِ، هَلْ يُعْتَقُ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: يُعْتَقُ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ؛ لِأَنَّهُ أَدَّى مَا يَخُصُّهُ، فَهُوَ كَمَا لَوْ أَدَّى أَحَدُ الْمُشْتَرِيَيْنِ حِصَّتَهُ مِنَ الثَّمَنِ، فَإِنَّهُ يَتَسَلَّمُ نَصِيبَهُ تَسْلِيمًا مُشَاعًا عِنْدَ الْأَصْحَابِ، وَمَا ذَكَرَهُ فِي الْمُغْنِي مِنْ مَنْعِ التَّسْلِيمِ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ فَهُوَ يَرْجِعُ إِلَى أَنَّهُ لَا يَتَسَلَّمُ الْعَيْنَ كُلَّهَا، وَهَذَا صَحِيحٌ، وَقَدْ صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي الخِلَافِ وَالجَامِعِ الصَّغِيرِ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا حَتَّى يُؤَدِّيَا جَمِيعَ مَالِ الْكِتَابَةِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ أَبِي مُوسَى، وَنَقَلَ مُهَنَّا عَنْ أَحْمَدَ مَا يَشْهَدُ لَهُ، وَاخْتَلَفُوا فِي مَأْخَذِهِ، فَقِيلَ: لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عِتْقٌ مُعَلَّقٌ بِشَرْطٍ، فَلَا يَقَعُ إِلَّا بَعْدَ كَمَالِ شَرْطِهِ، وَهُوَ هَاهُنَا أَدَاءُ جَمِيعِ المَالِ، وَهَذَا بَعِيدٌ عَنْ أَصْلِ أَبِي بَكْرٍ؛ لِأَنَّهُ يَرَى أَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ مَحْضَةٍ لَا تَعْلِيقَ فِيهَا بِحَالٍ، وَقِيلَ: لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ كَفِيلٌ ضَامِنٌ عَنْ صَاحِبِهِ، فَلَا يُعْتَقُ حَتَّى يُؤَدِّيَ جَمِيعَ مَا عَلَيْهِ، وَقِيلَ: لِأَنَّهَا صَفْقَةٌ وَاحِدَةٌ

فَلَا تَتبَعَّض، وَهَذَا قَدْ يَرْجِعُ إِلَى الضَّمَانِ أَيْضًا، كَأَنَّهُ الْتَزَمَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْأَلْفَ عَنْهُ وَعَنْ صَاحِبِهِ، فَيَكُونُ تَوْزِيعًا لِلْمُفْرَدِ عَلَى الجُمْلَةِ؛ إِذْ لَوْ لَمْ يَلْزَمْ أَحَدَهُمَا أَدَاءُ جَمِيعِ المَالِ لِمَا وَقَفَ عِتْقُهُ عَلَى أَدَائِهِ.

وَقَدِ اخْتَلَفَ كَلَامُ الْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ فِي ضَمَانِ كُلٍّ مِنْهُمَا عَنِ الْآخَرِ، فَنَفَيَاهُ تَارَةً، وَأَثْبَتَاهُ أُخْرَى، وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَجُلٍ لَهُ عَلَى قَوْمٍ حَقٌّ أَنَّهُ كَتَبَ فِي كِتَابِهِمْ: أَيُّهُمْ شِئْتُ أَخَذْتُ بِحَقِّي مِنْهُ: يَأْخُذُ أَيَّهُمْ شَاءَ، وَمَفْهُومُهُ أَنَّ الْغُرَمَاءَ لَا ضَمَانَ بَيْنَهُمْ بِدُونِ الشَّرْطِ بِكُلِّ حَالٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَضَعَ الْمُتَرَاهِنَانِ الرَّهْنَ عَلَى يَدَيْ عَدْلَيْنِ، وَكَانَا عَيْنَيْنِ مُنْفَرِدَيْنِ، أَوْ كَانَ مِمَّا يُقَسَّمُ كَالمَكِيلِ وَالمَوْزُونِ، فَهَلْ لَهُمَا انْقِسَامُهُ وَانْفِرَادُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِحِفْظِ نَصِيبِهِ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: يَجُوزُ ذَلِكَ، قَالَهُ الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ؛ تَوْزِيعًا لِلْمُفْرَدِ عَلَى المُفْرَدِ، فَيَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَمِينًا عَلَى نِصْفِهِ، وَصَرَّحَ الْقَاضِي بِذَلِكَ، وَعَلَى هَذَا فَلَوْ دَفَعَ أَحَدُهُمَا النِّصْفَ المَقْسُومَ الَّذِي بِيَدِهِ إِلَى الْآخَرِ فَتَلِفَ فِي يَدِهِ فَهَلْ يَضْمَنُهُ؟ عَلَى احْتِمَالَيْنِ، ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي؛ لِأَنَّهُ انْفَرَدَ بِهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا سَلَّمَ الْكُلَّ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُ، كَذَا قَالَ الْقَاضِي. وَقَالَ مَرَّةً أُخْرَى: يَضْمَنُ نِصْفَهُ أَيْضًا.

وَالثَّانِي: لَا يَجُوزُ اقْتِسَامُهُ، بَلْ يَتَعَيَّنُ حِفْظُهُ كُلِّهِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُجْتَمِعَيْنِ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَابْنِ عَقِيلٍ، وَصَاحِبِ المُغْنِي وَالتَّلْخِيصِ؛ لِأَنَّ المُتَرَاهِنَيْنِ إِنَّمَا رَضِيَا بِحِفْظِهِمَا جَمِيعًا، فَلَا يَجُوزُ لَهُمَا الِانْفِرَادُ كَالْوَصِيَّيْنِ وَالْوَكِيلِ فِي

الْبَيْعِ، وَعَلَى هَذَا يخرجُ الْوَدِيعَة لِاثْنَيْنِ وَالْوَصِيَّة بِالنِّسْبَةِ إِلَى الحِفْظِ خَاصَّةً دُونَ التَّصَرُّفِ، فَإِنَّهُ لَا يَسْتَقِلُّ أَحَدُهُمَا بِشَيْءٍ مِنْهُ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ انْفِرَادِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِنِصْفِ التَّصَرُّفِ، فنَقَلَ عَنْهُ حَرْبٌ فِيمَنْ قَالَ لِرَجُلَيْنِ: تَصَدَّقَا عَنِّي بِأَلْفَيْ دِرْهَمٍ مِنْ ثُلُثِي، فَأَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ أَلْفًا فتَصَدَّقَ بِهَا عَلَى حِدَةٍ؛ لِيَكُونَ أَسْهَلَ عَلَيْهِمَا، فَلَمْ يَرَ بِهِ بَأْسًا.

وَهَذَا قَدْ يَخْتَصُّ بِالصَّدَقَةِ لِحُصُولِ المَقْصُودِ مِنْهَا بِالِانْفِرَادِ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي يُقْصَدُ بِهَا الحَظُّ وَالْغِبْطَةُ وَالْكَسْبُ.

قَالَ فِي التَّلْخِيصِ: وَلَوْ وَكَّلَ اثْنَيْنِ فِي المُخَاصَمَةِ لَمْ يَكُنْ لِوَاحِدٍ الِاسْتِبْدَادُ بِهَا كَالْوَصِيَّيْنِ وَوَكِيلَي التَّصَرُّفِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لَهُ؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ فِي الخُصُومَةِ يَقْتَضِيهِ، بِخِلَافِ غَيْرِهَا. انْتَهَى.

وَقَالَ الْقَاضِي أَيْضًا: وَلَوْ تَعَدَّدَ المُعَيَّنُ فَاحْتِمَالَانِ، يَعْنِي فِي تَعَدُّدِ الصَّفْقَةِ وَاتِّحَادِهَا.

وَمِنْهَا: الضَّمَانُ، فَإِذَا ضَمِنَ اثْنَانِ دِيَةَ رَجُلٍ لِغَرِيمِهِ، فَهَلْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنٌ لِجَمِيعِ الدَّيْنِ، أَوْ بِالحِصَّةِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: كُلٌّ مِنْهُمَا ضَامِنٌ لِلْجَمِيعِ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا فِي رَجُلٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَكَفَلَ بِهَا كَفِيلَانِ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ ضَامِنٌ، فَأَيُّهُمَا شَاءَ أَخَذَ جَمِيعَ حَقِّهِ مِنْهُ، وَكَذَا قَالَ أَبُو بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ فِيمَنْ قَالَ لِلرَّجُلِ: أَلْقِ مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ عَلَى أَنِّي وَرُكْبَانُ السَّفِينَةِ ضُمَنَاءُ، فَأَلْقَاهُ، ضَمِنَهُ دُونَهُمْ، إِلَّا أَنْ يَتَطَوَّعُوا بِالضَّمَانِ مَعَهُ.

وَقَدْ يَكُونُ مَأْخَذُ أَبِي بَكْرٍ أَنَّ هَذَا مِنْ بَابِ التَّغْرِيرِ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا أَلْقَاهُ ظَنًّا مِنْهُ أَنَّ قِيمَتَهُ تُرَدُّ عَلَيْهِ اعْتِمَادًا عَلَى قَوْلِ هَذَا الْقَائِلِ، فَلِذَلِكَ لَزِمَهُ الضَّمَانُ، وَعَلَى هَذَا فَيُفَرَّقُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ صَاحِبُ المَتَاعِ عَالِمًا بِالحُكْمِ أَوْ جَاهِلًا بِهِ .

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّ الضَّمَانَ بِالحِصَّةِ، إِلَّا أَنْ يُصَرِّحُوا بِمَا يَقْتَضِي خِلَافَهُ، مِثْلُ أَنْ يَقُولُوا: ضَمِنَّا لَكَ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَّا الْأَلْفَ الَّتِي لَكَ عَلَى فُلَانٍ؛ فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يَلْزَمُهُ الْأَلْفُ حِينَئِذٍ.

وَأَمَّا مَعَ إِطْلَاقِ ضَمَانِ الْأَلْفِ مِنْهُمْ بِالحِصَّةِ، وَهَذَا قَوْلُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَالخِلَافِ وَصَاحِبِ المُغْنِي، وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي المَسْأَلَةِ احْتِمَالَيْنِ، وَبَنَاهُ الْقَاضِي عَلَى أَنَّ الصَّفْقَةَ تَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّدِ الضَّامِنَيْنِ فَيَصِيرُ الضَّمَانُ مُوَزَّعًا عَلَيْهِمَا، وَعَلَى هَذَا فَلَوْ كَانَ المَضْمُونُ دَيْنًا مُتَسَاوِيًا عَلَى رَجُلَيْنِ فَهَلْ يُقَالُ: كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنٌ لِنِصْفِ الدَّيْنَيْنِ، أَوْ كُلٌّ مِنْهُمَا ضَامِنٌ لِأَحَدِهِمَا بِانْفِرَادٍ؟ إِذَا قُلْنَا بِصِحَّةِ ضَمَانِ المُبْهَمِ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ، وَالْأَوَّلُ أَشْبَهُ بِكَلَامِ الْأَصْحَابِ.

وَشَبِيهٌ بِهَذِهِ المَسْأَلَةِ مَا إِذَا كَفَلَ اثْنَانِ شَخْصًا لِآخَرَ، فَسَلَّمَهُ أَحَدُهُمَا إِلَى المَكْفُولِ لَهُ، فَهَلْ يَبْرَأُ الْكَفِيلُ الْآخَرُ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ؛ أَشْهَرُهُمَا أَنَّهُ لَا يَبْرَأُ؛ لِأَنَّهُمَا كَفَالَتَانِ، وَالْوَثِيقَتَانِ إِذَا انْحَلَّتْ إِحْدَاهُمَا بِغَيْرِ تَوْفِيَةٍ بَقِيَتِ الْأُخْرَى، كَالضَّامِنَيْنِ إِذَا بَرِئَ أَحَدُهُمَا، وَهَذَا قَوْلُ الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ.

وَالثَّانِي: يَبْرَأُ؛ لِأَنَّ التَّوْفِيَةَ قَدْ وُجِدَتْ بِالتَّسْلِيمِ، فَهُوَ كَمَا لَوْ سَلَّمَ المَكْفُول نَفْسَهُ، أَوْ وَفَّى أَحَدُ الضَّامِنَيْنِ الدَّيْنَ، وَهُوَ احْتِمَالٌ فِي الْكَافِي، وَقَوْلُ الْأَزَجِيِّ فِي نِهَايَتِهِ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ السَّامَرِّيِّ فِي فُرُوقِهِ، وَهُوَ يَعُودُ إِلَى أَنَّهَا كَفَالَةٌ وَاحِدَةٌ،

وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُمَا إِنْ كَفَلَا كَفَالَةَ الِاشْتِرَاكِ فَإِنْ قَالَا: كَفَلْنَا لَكَ زَيْدًا نُسَلِّمُهُ إِلَيْكَ، فَإِذَا سَلَّمَهُ أَحَدُهُمَا بَرِئَ الْآخَرُ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ الْمُلْتَزَمَ وَاحِدٌ، فَهُوَ كَأَدَاءِ أَحَدِ الضَّامِنَيْنِ لِلْمَالِ، وَإِنْ كَفَلَا كَفَالَةَ انْفِرَادٍ وَاشْتِرَاكٍ بِأَنْ قَالَا: كُلُّ وَاحِدٍ مِنَّا كَفِيلٌ لَكَ بِزَيْدٍ، فَكُلٌّ مِنْهُمَا مُلْتَزِمٌ لَهُ إِحْضَارًا، فَلَا يَبْرَأُ بِدُونِهِ مَا دَامَ الحَقُّ بَاقِيًا عَلَى المَكْفُولِ، فَهُوَ كَمَا لَوْ كَفَلَا عَقْدَيْنِ مُتَفَرِّقَيْنِ، وَهَذَا قِيَاسُ قَوْلِ الْقَاضِي فِي ضَمَانِ الرَّجُلَيْنِ لِلدَّيْنِ.

وَاعْلَمْ أَنَّ عُقُودَ التَّوَثُّقَاتِ وَالْأَمَانَاتِ إِذَا اشْتَمَلَتْ عَلَى جُمَلٍ، فَإِنَّهُ يُمْكِنُ فِيهَا تَوْزِيعُ أَفْرَادِ الجُمْلَةِ أَوْ أَجْزَائِهَا عَلَى أَفْرَادِ الجُمْلَةِ المُقَابِلَةِ لَـهَا، أَوْ عَلَى أَجْزَاءِ الْعَيْنِ المُقَابِلَةِ لَـهَا، فَيُقَابَلُ كُلُّ مُفْرَدٍ لِمُفْرَدٍ، أَوْ كُلُّ مُفْرَدٍ لِجُزْءٍ، أَوْ كُلُّ جُزْءٍ لِجُزْءٍ، وَيُمْكِنُ تَوْزِيعُ كُلِّ فَرْدٍ مِنَ الجُمْلَةِ عَلَى مَجْمُوعِ أَفْرَادِ الجُمْلَةِ الْأُخْرَى أَوْ أَجْزَائِهَا، فَيَثْبُتُ الِاشْتِرَاكُ بِالْإِشَاعَةِ، وَيَكُونُ الْعَقْدُ عَلَى هَذَيْنِ الِاحْتِمَالَيْنِ وَاحِدًا، وَيُمْكِنُ أَنْ يَثْبُتَ حُكْمُ التَّوْثِقَةِ وَالْأَمَانَةِ بِكَمَالِهِ لِكُلِّ فَرْدٍ فَرْدٍ، فَيَكُونُ هَاهُنَا عُقُودٌ مُتَعَدِّدَةٌ، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي هَذِهِ المَسَائِلِ التَّفْرِيعَ عَلَى هَذِهِ الِاحْتِمَالَاتِ الثَّلَاثَةِ.

فَأَمَّا عُقُودُ التَّمْلِيكَاتِ فَـلَا يَتَأَتَّى فِيهَا الِاحْتِمَالُ الثَّالِثُ، وَلَـوْ قِيلَ بِتَعَدُّدِ الصَّفْقَةِ فِيمَا يَتَعَدَّدُ المُتَعَاقِدِينَ لِاسْتِحَالَةِ أَنْ يَكُونَ المِلْكُ ثَابِتًا فِي عَيْنٍ وَاحِدَةٍ لِمَالِكَيْنِ عَلَى الْكَمَالِ، وَإِنَّمَا يَقَعُ التَّرَدُّدُ فِيهَا بَيْنَ الِاحْتِمَالَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ. وَيُسْتَثْنَى مِنْ ذَلِكَ صُورَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنْ يُوصِيَ بِعَيْنٍ لِزَيْدٍ، ثُمَّ يُوصِي بِهَا لِعَمْرٍو وَيَقُولُ: لَيْسَ بِرُجُوعٍ كَمَا هُوَ المَشْهُورُ مِنَ المَذْهَبِ، فَيَكُونُ كُلٌّ مِنْهُمَا مُسْتَحِقًّا لِلْعَيْنِ لِكَمَالِـهَا، وَيَقَعُ

التَّزَاحُمُ، فَيَشْتَرِكَانِ فِي قَسْمِهَا، فَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْمُوصِي أَوْ رَدَّ لَاسْتَحَقَّهَا الْآخَرُ بِكَمَالِـهَا.

وَالثَّانِيَةُ: أَنْ يَقِفَ عَلَى قَوْمٍ مُعَيَّنِينَ أَوْ مَوْصُوفِينَ، ثُمَّ عَلَى آخَرِينَ بَعْدَهُمْ، فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الطَّبَقَةِ الْأُولَى مُسْتَحِقٌّ لِجَمِيعِ الْوَقْفِ بِانْفِرَادِهِ، حَتَّى لَوْ لَمْ يَبْقَ مِنَ الطَّبَقَةِ سِوَاهُ لَاسْتَحَقَّ الْوَقْفَ كُلَّهُ، هَكَذَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ.

وَقَدْ نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ يُوسُفَ بنِ أَبِي مُوسَى، وَمُحَمَّدِ بْنِ عُبَيْدِ اللهِ الْمُنَادِي، فِيمَنْ وَقَفَ ضَيْعَةً عَلَى وَلَدِهِ وَأَوْلَادِهِمْ وَأَوْلَادِ أَوْلَادِهِمْ أَبَدًا مَا تَنَاسَلُوا، فَإِنْ حَدَثَ بِوَاحِدٍ مِنْهُمْ حَدَثُ الْمَوْتِ دَفَعَ ذَلِكَ إِلَى وَلَدِهِ، يَعْنِي الْوَاقِفَ، وَوَلَد أَوْلَادِهِمْ يَجْرِي ذَلِكَ عَلَيْهِمْ مَا تَنَاسَلُوا، وَقَدْ وَلَدَ هَؤُلَاءِ الْقَوْمُ الَّذِينَ وَقَفَ عَلَيْهِمْ أَوْلَادًا هَلْ يَدْخُلُونَ مَعَ آبَائِهِمْ فِي الْقِسْمَةِ أَوْ يَصِيرُ هَذَا الشَّيْءُ إِلَيْهِمْ بَعْدَ الْمَوْتِ؛ مَوْتِ آبَائِهِمْ وَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ وَلَمْ يُخَلِّفْ وَلَدًا يَرْجِعُ نَصِيبُهُ إِلَى إِخْوَتِهِ أَمْ لَا؟

قَالَ: يَجْرِي ذَلِكَ عَلَى الْوَلَدِ وَوَلَدِ الْوَلَدِ، يَتَوَارَثُونَ ذَلِكَ حَتَّى لَا يَكُونَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ، فَيُرَدُّ عَلَى الْبَاقِينَ مِنْ إِخْوَتِهِ، وَظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّهُ يَكُونُ تَرْتِيبُ أَفْرَادٍ بَيْنَ كُلِّ وَلَدٍ وَوَالِدِهِ؛ لِقَوْلِهِ: يَتَوَارَثُونَ ذَلِكَ، وَجُعِلَ قَوْلُ الْوَاقِفِ مَنْ مَاتَ عَنْ وَلَدٍ فَنَصِيبُهُ لِوَلَدِهِ مُقْتَضِيًا لِهَذَا التَّرْتِيبِ وَمُخَصِّصًا لِعُمُومِ أَوَّلِ الْكَلَامِ الْمُقْتَضِي لِلتَّشْرِيكِ.

وَقَدْ زَعَمَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ أَنَّ كَلَامَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ يَدُلُّ عَلَى خِلَافِ ذَلِكَ، وَأَنَّهُ يَكُونُ مُشْتَرَكًا بَيْنَ الْأَوْلَادِ وَأَوْلَادِهِمْ، ثُمَّ يُضَافُ إِلَى كُلِّ وَلَدٍ نَصِيبُ وَالِدِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَلَيْسَ فِي كَلَامِ الْقَاضِي مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ لِمَنْ رَاجَعَهُ وَتَأَمَّلَهُ.

وَأَمَّا قَوْلُهُ: حَتَّى لَا يَكُونَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ، فَيُرَدُّ عَلَى الْبَاقِينَ مِنْ إِخْوَتِهِ، فَيَعْنِي بِهِ: أَنَّ مَنْ مَاتَ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ فَنَصِيبُهُ لِإِخْوَتِهِ، وَهَذَا قَدْ يَدُلُّ لِمَا ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ أَنَّ مَنْ مَاتَ مِنْ طَبَقَةٍ انْتَقَلَ نَصِيبُهُ إِلَى الْبَاقِينَ مِنْهَا بِإِطْلَاقِ الْوَاقِفِ، وَقَدْ يُقَالُ: لَا دَلَالَةَ فِيهِ عَلَى ذَلِكَ؛ لِأَنَّ هَذَا الْوَاقِفَ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ أَبَدًا بِالتَّشْرِيكِ، فَلَوْ تَرَكْنَا هَذَا لَشَرَكْنَا بَيْنَ الْبُطُونِ كُلِّهَا.

لَكِنَّهُ اسْتَثْنَى مِنْ ذَلِكَ أَنَّ مَنْ مَاتَ عَنْ وَلَدٍ فَنَصِيبُهُ لِوَلَدِهِ، فَفُهِمَ مِنْهُ أَنَّ الْوَلَدَ لَا يَسْتَحِقُّ مَعَ وَالِدِهِ، فَيَبْقَى مَا عَدَاهُ دَاخِلًا فِي عُمُومِ أَوَّلِ الْكَلَامِ، فَاسْتِحْقَاقُ الْإِخْوَةِ هَاهُنَا مُتَلَقًّى مِنْ كَلَامِ الْوَاقِفِ، وَمِثْلُ هَذَا لَا نِزَاعَ فِيهِ.

وَإِنَّمَا النِّزَاعُ فِيمَا إِذَا لَمْ يَدُلَّ كَلَامُ الْوَاقِفِ عَلَيْهِ، وَلَا يُقَالُ: قَدْ دَلَّ كَلَامُ الْوَاقِفِ عَلَيْهِ، حَيْثُ جَعَلَهُ بَعْدَ تِلْكَ الطَّبَقَةِ لِطَبَقَةٍ أُخْرَى، فَلَمْ يَجْعَلْ لِلثَّانِيَةِ فِيهِ حَقًّا فِيهِ مَعَ وُجُودِ الْأُولَى، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ الْأُولَى هِيَ الْمُسْتَحِقَّةُ مَا دَامَتْ مَوْجُودَةً؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُجَابُ عَنْهُ بِأَنَّ نَفْيَ اسْتِحْقَاقِ الثَّانِيَةِ مَعَ وُجُودِ الْأُولَى لَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْأُولَى هِيَ الْمُسْتَحِقَّةُ لِجَمِيعِهِ؛ لِجَوَازِ صَرْفِهِ مَصْرِفَ الْمُنْقَطِعِ، إِلَّا أَنَّ هَذَا بَعِيدٌ مِنْ مَقْصُودِ الْوَاقِفِ، وَالْأَظْهَرُ مِنْ مَقْصُودِهِ مَا ذَكَرْنَا، فَعَلَى هَذَا يَكُونُ عَوْدُهُ إِلَى بَقِيَّةِ الطَّبَقَةِ مُسْتَفَادًا مِنْ مَعْنَى كَلَامِ الْوَاقِفِ، وَيُشْبِهُ ذَلِكَ مَا لَوْ وَقَفَ عَلَى فُلَانٍ فَإِذَا انْقَرَضَ أَوْلَادُهُ فَعَلَى الْمَسَاكِينِ، فَهَلْ يَكُونُ بَعْدَ مَوْتِ فُلَانٍ لِأَوْلَادِهِ؟ ثُمَّ مِنْ بَعْدِهِمْ عَلَى الْمَسَاكِينِ أَوْ تُصْرَفُ بَعْدَ مَوْتِ فُلَانٍ مَصْرِفَ الْمُنْقَطِعِ حَتَّى تَنْقَرِضَ أَوْلَادُهُ، ثُمَّ يُصْرَفُ عَلَى الْمَسَاكِينِ أَوْ تُصْرَفُ بَعْدَ مَوْتِ فُلَانٍ مَصْرِفَ الْمُنْقَطِعِ حَتَّى تَنْقَرِضَ أَوْلَادُهُ، ثُمَّ يُصْرَفُ عَلَى الْمَسَاكِينِ عَلَى وَجْهَيْنِ مَذْكُورَيْنِ فِي الْكَافِي.

وَالْأَوَّلُ قَوْلُ الْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ، وَلَنَا فِي الْمَسْأَلَةِ مَسْلَكٌ آخَرُ وَهُوَ أَنْ يُقَالَ: الْوَقْفُ تَحْبِيسٌ لِلْمَالِ فِي وُجُوهِ الْبِرِّ، وَالْمَوْقُوفُ عَلَيْهِمْ هُوَ الْمَصْرِفُ الْمُعَيَّنُ لِاسْتِحْقَاقِهِ، فَلَا يُمْنَعُ أَنْ يَسْتَحِقَّهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِانْفِرَادِهِ، وَيَقَعُ التَّزَاحُمُ فِيهِ عِنْدَ الِاجْتِمَاعِ، بِخِلَافِ التَّمْلِيكَاتِ الْمَحْضَةِ، فَإِنَّهُ يَسْتَحِيلُ أَنْ يَمْلِكَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُمَلَّكِينَ جَمِيعَ مَا وَقَعَ فِيهِ التَّمْلِيكُ، وَهَذَا عَلَى قَوْلِنَا: إِنَّ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِ لَا يَمْلِكُ عَيْنَ الْوَقْفِ أَظْهَرُ.

وَيَتَعَلَّقُ بِهَذَا مِنْ مَسَائِلِ التَّوْزِيعِ مَا إِذَا وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِهِ أَبَدًا، فَهَلْ يُقَالُ: لَا يَنْتَقِلُ إِلَى أَحَدٍ مِنْ أَوْلَادِ أَوْلَادِهِ إِلَّا بَعْدَ انْقِرَاضِ جَمِيعِ أَوْلَادِهِ، أَوْ يَنْتَقِلُ بَعْدَ كُلِّ وَلَدٍ إِلَى وَلَدِهِ؟ الْمَعْرُوفُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ الْأَوَّلُ وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ وَمَنِ اتَّبَعَهُمْ.

وَحَكَى الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ وَجْهًا آخَرَ بِالثَّانِي وَرَجَّحَهُ، فَعَلَى الْأَوَّلِ يَكُونُ مِنْ بَابِ تَوْزِيعِ الْجُمْلَةِ عَلَى الْجُمْلَةِ، وَعَلَى الثَّانِي يَكُونُ مِنْ بَابِ تَوْزِيعِ الْمُفْرَدِ عَلَى الْمُفْرَدِ، وَيَشْهَدُ لِهَذَا مِنْ كَلَامِ أَحْمَدَ مَا رَوَاهُ عَنْهُ يُوسُفُ بْنُ أَبِي مُوسَى وَمُحَمَّدُ بْنُ عُبَيْدِ اللهِ الْمُنَادِي فِي رَجُلٍ أَوْقَفَ ضَيْعَةً عَلَى أَنَّ لِعَلِيِّ بْنِ إِسْمَاعِيلَ رُبُعَ غَلَّتِهَا مَا دَامَ حَيًّا، وَرُبُعًا مِنْهَا لِوَلَدِ عَبْدِ اللهِ وَوَلَدِ مُحَمَّدٍ وَوَلَدِ أَحْمَدَ بَيْنَهُمْ بِالسَّوِيَّةِ، وَإِنْ مَاتَ عَلِيُّ بْنُ إِسْمَاعِيلَ فَوَزِّعُوا هَذَيْنِ الرُّبُعَيْنِ بَيْنَ وَلَدِهِ وَوَلَدِ الثَّلَاثَةِ، فَفَعَلُوا ذَلِكَ، ثُمَّ إِنَّ بَعْضَ وَلَدِ عَلِيِّ بْنِ إِسْمَاعِيلَ مَاتَ وَتَرَكَ وَلَدًا، كَيْفَ نَصْنَعُ بِنَصِيبِهِ؛ يُدْفَعُ إِلَى وَلَدِهِ أَوْ يُرَدُّ عَلَى شُرَكَائِهِ، وَلَمْ يَقُلِ الْمَيِّتُ: إِنْ مَاتَ عَلِيُّ ابْنُ إِسْمَاعِيلَ دُفِعَ إِلَى وَلَدِ وَلَدِهِ، إِنَّمَا قَالَ: وَلَدُ عَلِيِّ بْنِ إِسْمَاعِيلَ؟

قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ: يُدْفعُ مَا جُعِلَ لِوَلَدِ عَلِيِّ بْنِ إِسْمَاعِيلَ إِلَى وَلَدِهِ، فَإِنْ مَاتَ بَعْضُ وَلَدِ عَلِيِّ بْنِ إِسْمَاعِيلَ دُفِعَ إِلَى وَلَدِهِ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ قَالَ: بَيْنَ وَلَدِ عَلِيِّ بْنِ إِسْمَاعِيلَ، وَهَذَا مِنْ وَلَدِ عَلِيِّ بْنِ إِسْمَاعِيلَ، فَدَلَّ هَذَا الْكَلَامُ عَلَى أَصْلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا، أَنَّ وَلَدَ الْوَلَدِ دَاخِلٌ فِي مُسَمَّى الْوَلَدِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّهُ وَلَدُ الْوَلَدِ بَعْدَ مَوْتِ أَبِيهِ، وَيَخْتَصُّ بِهِ دُونَ طَبَقَةِ أَبِيهِ الْمُشَارِكِينَ لَهُ، حَيْثُ ذَكَرَ أَنَّ ابْنَ إِسْمَاعِيلَ تُوُفِّيَ عَنْ وَلَدٍ وَأَنَّ بَعْضَ وَلَدِهِ تُوُفِّيَ عَنْ وَلَدٍ، وَنُقِلَ إِلَى هَذَا الْوَلَدِ نَصِيبُ أَبِيهِ مَعَ وُجُودِ الْمُشَارِكِينَ لِلْأَبِ مِنْ إِخْوَتِهِ، وَوَجْهُ هَذَا أَنَّهُ لَـمَّا رَتَّبَ بَيْنَ عَلِيِّ بْنِ إِسْمَاعِيلَ وَوَلَدِهِ، وَلَمْ يَجْعَلْ لِوَلَدِهِ شَيْئًا إِلَّا بَعْدَ مَوْتِهِ، فَكَذَلِكَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ التَّرْتِيبُ بَيْنَ وَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ.

وَهَذَا خِلَافُ مَا ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ مِنَ الْوَجْهَيْنِ فِي كَيْفِيَّةِ اسْتِحْقَاقِ وَلَدِ الْوَلَدِ إِذَا قِيلَ بِدُخُولِهِ فِي مُطْلَقِ الْوَلَدِ، هَلْ يَسْتَحِقُّ مَعَ الْوَلَدِ مُشْرَكًا أَوْ بَعْدَ انْقِرَاضِ الْوَلَدِ كُلِّهِمْ مُرَتَّبًا تَرْتِيبَ طَبَقَةٍ عَلَى طَبَقَةٍ، فَإِنَّ أَحْمَدَ جعلَهُ مُرَتَّبًا تَرْتِيبَ أَفْرَادٍ بَيْنَ كُلِّ وَلَدٍ وَوَلَدِهِ، فَيُؤْخَذُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ مَنْ وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِهِمْ أَبَدًا أَنْ يَكُونَ مُرَتَّبًا بَيْنَ كُلِّ وَالِدٍ وَوَلَدِهِ وَبَيْنَ بَقِيَّةِ طَبَقَتِهِ.

وَقَدْ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ الْوَقْفَ هَاهُنَا أَوَّلًا كَانَ بَيْنَ شَخْصٍ وَوَلَدِهِ، فَرُوعِيَ هَذَا التَّرْتِيبُ فِي اسْتِحْقَاقِ وَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ، وَلَيْسَ فِي طَبَقَةٍ بَعْدَ طَبَقَةٍ، وَلَكِنْ سَنَذْكُرُ مِنْ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي مَسْأَلَةِ التَّدْبِيرِ مَا يَحْسُنُ تَخْرِيجُ هَذَا الْوَجْهِ مِنْهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

وَمِنْهَا: إِذَا عَلَّقَ طَلَاقَ نِسَائِهِ أَوْ عِتْقَ رَقِيقِهِ عَلَى صِفَاتٍ مُتَعَدِّدَةٍ، فَوَجَدَ

بَعْضَهَا مِنْ بَعْضٍ وَبَاقِيهَا مِنْ بَعْضٍ آخَرَ، فَهَلْ يَكْفِي فِي وُقُوعِ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ مَعَ قَطْعِ النَّظَرِ عَنِ الحِنْثِ بِوُجُودِ بَعْضِ الصِّفَةِ، فَإِنَّ لِلْأَصْحَابِ فِي الِاكْتِفَاءِ بِبَعْضِ الصِّفَةِ فِي الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ طُرُقًا ثَلَاثَةً:

إِحْدَاهُنَّ: أَنَّهُ يَكْتَفِي بِهَا كَمَا يَكْتَفِي بِذَلِكَ فِي الحِنْثِ فِي الْيَمِينِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي، وَاسْتَثْنَى فِي الجَامِعِ مِنْ ذَلِكَ أَنْ تَكُونَ الصِّفَةُ مُعَارِضَةً.

وَالثَّانِيَةُ: لَا يَكْتَفِي بِهَا، وَإِنِ اكْتَفَيَا بِبَعْضِ المَحْلُوفِ عَلَيْهِ فِي الحِنْثِ؛ لِأَنَّ هَذَا شَرْطٌ وَمَشْرُوطٌ وَعِلَّةٌ وَمَعْلُولٌ، فَلَا يَتَرَتَّبُ الْأَثَرُ إِلَّا عَلَى تَمَامِ المُؤَثِّرِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ ابْنِ عَقِيلٍ وَصَاحِبِ المُغْنِي.

وَالثَّالِثَةُ: إِنْ كَانَتِ الصِّفَةُ تَنْتِفِي قَطْعًا أَوْ تَبعًا أَوْ تَصْدِيقًا أَوْ تَكْذِيبًا، فَهِيَ كَالْيَمِينِ، وَإِلَّا فَهِيَ عِلَّةٌ مَحْضَةٌ، فَلَا بُدَّ مِنْ وُجُودِهَا بِكَمَالِـهَا، وَهِيَ طَرِيقَةُ صَاحِبِ المُحَرَّرِ.

وَالْقَاضِي يُفَرِّعُ عَلَى اخْتِيَارِهِ فِي هَذِهِ المَسَائِلِ فَقَالَ فِيمَا إِذَا قَالَ لِعَبِيدِهِ: إِذَا أَدَّيْتُمْ إِلَيَّ أَلْفًا فَأَنْتُمْ أَحْرَارٌ عَتَقَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِأَدَاءِ حِصَّتِهِ.

وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ لِعَبِيدِهِ: إِذَا دَخَلْتُمُ الدَّارَ فَأَنْتُمْ أَحْرَارٌ، عَتَقَ مَنْ دَخَلَ مِنْهُمْ؛ لِأَنَّ وُجُودَ الصِّفَةِ تَقُومُ مَقَامَ جَمِيعِهَا، فَمَتَى أَدَّى وَاحِدٌ مِنْهُمْ عَتَقَ، هَكَذَا ذَكَرَهُ فِي بَابِ الْكِتَابَةِ، وَرَدَّهُ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ وَقَالَ: هُوَ عِنْدِي خَطَأٌ يَقِينًا؛ لِأَنَّ هَذِهِ الصِّفَةَ لَا تَشْتَمِلُ عَلَى مَنْعٍ وَلَا حَثٍّ. انْتَهَى.

وَعِنْدِي أَنَّهُ لَوْ صَحَّ الِاكْتِفَاءُ بِبَعْضِ الصِّفَةِ هَاهُنَا لَمْ يَصِحَّ مَا قَالَهُ الْقَاضِي، وَلَمْ يَتَفَرَّعْ عَلَى الِاكْتِفَاءِ لِبَعْضِ الصِّفَةِ؛ إِذْ لَوْ كَانَ التَّفْرِيعُ عَلَى ذَلِكَ لَعَتَقُوا كُلُّهُمْ

بِـأَدَاءِ بَعْضِهِـمْ لِبَعْضِ الْأَلْفَ، وَبِدُخُـولِ بَعْضِهِمُ الدَّارَ، وَهَذَا خِلَافُ قَـوْلِ الْقَاضِي.

وَإِنَّمَا يَتَوَجَّهُ مَا قَالَهُ الْقَاضِي عَلَى أَنْ يَكُونَ مِنْ بَابِ تَوْزِيعِ الْمُفْرَدَاتِ عَلَى الْمُفْرَدَاتِ، فَكَأَنَّهُ قَالَ: مَنْ دَخَلَ مِنْكُمُ الدَّارَ فَهُوَ حُرٌّ، وَمَنْ أَدَّى إِلَيَّ حِصَّتَهُ مِنَ الْأَلْفِ فَهُوَ حُرٌّ، وَهَذَا لَا تَعَلُّقَ لَهُ بِمَسْأَلَةِ الِاكْتِفَاءِ بِبَعْضِ الصِّفَةِ، وَكَلَامُ أَحْمَدَ يَدُلُّ عَلَى اعْتِبَارِ هَذَا التَّوْزِيعِ فِي مِثْلِ هَذِهِ التَّعْلِيقَاتِ، فَإِنَّهُ نَصَّ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا فِي عَبْدٍ بَيْنَ رَجُلَيْنِ قَالَا لَهُ: إِذَا مُتْنَا فَأَنْتَ حُرٌّ، ثُمَّ مَاتَ أَحَدُهُمَا عَتَقَتْ حِصَّتُهُ فَقَطْ، فَإِذَا مَاتَ الْآخَرُ عَتَقَتْ حِصَّتُهُ.

قَالَ أَبُو بَكْرٍ؛ لِأَنَّهُمَا كَالْمُعْتَقَيْنِ عَلَى انْفِرَادِهِمَا، وَهَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ أَبِي مُوسَى، وَتَعْلِيلُ أَبِي بَكْرٍ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ جَعَلَهُ مِنْ بَابِ تَوْزِيعِ الْمُفْرَدِ عَلَى الْمُفْرَدِ، كَأَنَّهُمَا قَالَا: إِنْ مَاتَ أَحَدٌ مِنَّا فَنَصِيبُهُ مِنْكَ حُرٌّ، وَتَأَوَّلَ الْقَاضِي ذَلِكَ عَلَى أَنَّ الْعِتْقَ حَصَلَ بِوُجُودِ بَعْضِ الصِّفَةِ، وَرَدَّهُ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ بِأَنَّ الصِّفَةَ إِنَّمَا تَكْفِي بِبَعْضِهَا إِذَا كَانَتْ فِي مَعْنَى الْيَمِينِ يَقْتَضِي حَضًّا أَوْ مَنْعًا، وَمَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ كَطُلُوعِ الشَّمْسِ وَقُدُومِ زَيْدٍ فَلَا يُكْتَفَى فِيهِ بِالْبَعْضِ، وَنَقَلَ الْإِجْمَاعَ عَلَيْهِ، وَهُوَ مَرْدُودٌ مِنْ وَجْهٍ آخَرَ، وَهُوَ أَنَّهُ لَوِ اكْتَفَى بِبَعْضِ الصِّفَةِ لِعِتْقِ الْعَبْدِ كُلِّهِ عَلَيْهَا بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا لَمْ يَكُنْ وَجْهٌ لِعِتْقِ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا.

وَإِنَّمَا لَمْ يَسْرِ إِلَى نَصِيبِ صَاحِبِهِ لِأَحَدِ أَمْرَيْنِ:

إِمَّا لِأَنَّ السِّرَايَةَ تُمْنَعُ بَعْدَ الْمَوْتِ، كَمَا هُوَ إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ.

أَوْ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ يَمْنَعُ السِّرَايَةَ، وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ.

وَخَرَّجَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ المَسْأَلَةَ عَلَى رِوَايَتَيْنِ مِنْ مَسْأَلَةِ تَعْلِيقِ الْعِتْقِ عَلَى صِفَةٍ بَعْدَ المَوْتِ، فَإِنَّ فِي صِحَّتِهِ رِوَايَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: يَصِحُّ هَذَا التَّعْلِيقُ، وَلَا يَعْتِقُ مِنْهُ شَيْءٌ هَاهُنَا حَتَّى يَمُوتَ الْآخِرُ مِنْهُمَا، فَيَعْتِقُ الْعَبْدُ كُلُّهُ حِينَئِذٍ.

وَالثَّانِيَةُ: لَا يَصِحُّ هَذَا التَّعْلِيقُ، وَلَا يُعْتَقُ بِهِ شَيْءٌ مِنَ الْعَبْدِ هَاهُنَا؛ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا عَلَّقَ عِتْقَهُ عَلَى مَوْتِهِ وَمَوْتِ شَرِيكِهِ، وَلَا يُوجَدُ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِهِ، وَلَكِنْ هَاهُنَا قَدْ يُمْكِنُ اجْتِمَاعُ مَوْتِهِمَا فِي آنٍ وَاحِدٍ، فَلَا يَتَوَجَّهُ إِبْطَالُ التَّعْلِيقِ مِنْ أَصْلِهِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِي فَأَنْتَ حُرٌّ.

وَمِنْ هَذِهِ المَسَائِلِ: لَوْ قَالَ لِزَوْجَتَيْهِ: إِنْ دَخَلْتُمَا هَاتَيْنِ الدَّارَيْنِ أَوْ كَلَّمْتُمَا زَيْدًا وَعَمْرًا فَأَنْتُمَا طَالِقَتَانِ، فَكَلَّمَتْ إِحْدَاهُمَا زَيْدًا، وَالْأُخْرَى عَمْرًا، أَوْ دَخَلَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا دَارًا، وَقُلْنَا: لَا يُكْتَفَى بِبَعْضِ الصِّفَةِ، فَهَلْ تَطْلُقَانِ أَمْ لَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ ذَكَرَهُمَا أَبُو الخَطَّابِ وَمَنْ بَعْدَهُ مِنَ الْأَصْحَابِ، وَجَعَلَ أَبُو الخَطَّابِ المَذْهَبَ الْوُقُوعَ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ الْأُخْرَى تَخْرِيجًا.

وَمَذْهَبُ الحَنَفِيَّةِ وَالمَالِكِيَّةِ الْوُقُوعُ، وَهُوَ أَحَدُ وَجْهَيِ الشَّافِعِيَّةِ مَعَ قَوْلِهِمْ وَقَوْلِ الحَنَفِيَّةِ: إِنَّ بَعْضَ الصِّفَةِ لَا يَكْفِي فِي الحِنْثِ، فَعُلِمَ بِذَلِكَ أَنَّ هَذَا لَيْسَ مُفَرَّعًا عَلَى الِاكْتِفَاءِ بِبَعْضِ الصِّفَةِ.

وَيَتَخَرَّجُ فِي مَسَائِلِ التَّدْبِيرِ السَّابِقَةِ أَنْ تَطْلُقَ هَاهُنَا كُلُّ وَاحِدَةٍ بِدُخُولِ الدَّارِ عَقِبَ دُخُولِـهَا، وَلَا يَتَوَقَّفُ طَلَاقُهَا عَلَى دُخُولِ الْأُخْرَى؛ لِأَنَّ مَعْنَى كَلَامِهِ مَنْ دَخَلَتْ مِنْكُمَا دَارًا مِنْ هَاتَيْنِ الدَّارَيْنِ فَهِيَ طَالِقٌ.

وَيَتَخَرَّجُ مِنْ هَذَا الْقَوْلِ هَاهُنَا فِيمَا إِذَا قَالَ لَهُمَا: إِنْ حِضْتُمَا فَأَنْتُمَا طَالِقَانِ، وَجْهٌ أَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ تَطْلُقُ بِحَيْضِ نَفْسِهَا، وَأَنْ لَا يُشْتَرَطَ ثُبُوتُ حَيْضِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِمَا، بَلْ يَكْفِي ثُبُوتُ حَقِّهَا فِي حَيْضِهَا بِإِقْرَارِهَا.

وَكَذَلِكَ فِي قَوْلِهِ: إِنْ شِئْتُمَا فَأَنْتُمَا طَالِقَتَانِ، فَشَاءَتْ إِحْدَاهُمَا، أَوْ إِنْ حَلَفْتُ بِطَلَاقِكُمَا فَأَنْتُمَا طَالِقَتَانِ، ثُمَّ حَلَفَ بِطَلَاقِ إِحْدَاهُمَا، أَنَّهَا تَطْلُقُ.

وَمِنَ الْعَجَبِ أَنَّ الْقَاضِيَ لَمْ يُفَرِّعْ شَيْئًا مِنْ هَذِهِ الْمَسَائِلِ عَلَى اخْتِيَارِهِ فِي الِاكْتِفَاءِ بِوُجُودِ بَعْضِ الصِّفَةِ مُطْلَقًا، سَوَاءٌ اقْتَضَتْ حَثًّا أَوْ مَنْعًا، أَوْ كَانَتْ تَعْلِيقًا مَحْضًا، وَمُقْتَضَى قَوْلِهِ أَنْ يُطَلَّقَا هَاهُنَا مَعًا بِوُجُودِ حَيْضِ إِحْدَاهُمَا، وَمَشِيئَةِ إِحْدَاهُمَا، وَالْحَلِفِ بِطَلَاقِ إِحْدَاهُمَا فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ لِزَوْجَاتِهِ الْأَرْبَعِ: أَوْقَعْتُ بَيْنَكُنَّ أَوْ عَلَيْكُنَّ ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ، فَهَلْ تُقَسَّمُ كُلُّ طَلْقَةٍ عَلَى الْأَرْبَعِ أَرْبَاعًا، ثُمَّ يُكَمَّلُ فَيَقَعُ بِهِنَّ الثَّلَاثُ جَمِيعًا أَوْ يُوَزَّعُ الثَّلَاثُ عَلَى الْأَرْبَعِ، فَيَلْحَقُ كُلَّ وَاحِدَةٍ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ طَلْقَةٍ، ثُمَّ تُكَمَّلُ فَتَطْلُقُ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ طَلْقَةً؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ:

الْأُولَى: اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ وَالْقَاضِي.

وَالثَّانِيَةُ: اخْتِيَارُ أَبِي الْخَطَّابِ وَصَاحِبِ الْمُغْنِي، قَالَ: لِأَنَّ الْقِسْمَةَ بِالْأَجْزَاءِ إِنَّمَا تَكُونُ فِي الْمُخْتَلِفَاتِ؛ كَالدُّورِ وَنَحْوِهَا.

فَأَمَّا الْجُمَلُ الْمُتَسَاوِيَةُ مِنْ جِنْسٍ كَالنُّقُودِ فَإِنَّهَا تُقَسَّمُ بِرُءُوسِهَا، وَيُكَمَّلُ نَصِيبُ كُلِّ وَاحِدَةٍ، كَأَرْبَعَةٍ لَهُمْ دِرْهَمَانِ صَحِيحَانِ يُقَسَّمُ لِكُلِّ وَاحِدٍ نِصْفٌ مِنْ دِرْهَمٍ وَاحِدٍ، فَكَذَلِكَ الطَّلَقَاتُ، وَيُمْكِنُ الْأَوَّلَيْنِ الْجَوَابُ عَنْ هَذَا بِأَنَّ هَذِهِ

الْقِسْمَةَ لَا تَمْنَعُ الِاشْتِرَاكَ فِي الِاسْتِحْقَاقِ مِنْ كُلِّ جُزْءٍ، وَلِهَذَا قِيلَ فِي قِسْمَةِ الْأَمْوَالِ الْمُشْتَرَكَةِ: إِنَّهَا بَيْعٌ، وَمَتَى ثَبَتَ اسْتِحْقَاقُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الشُّرَكَاءِ لِجُزْءٍ مِنْ كُلِّ عَيْنٍ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، تَوَجَّهَ وُقُوعُ الطَّلَاقِ الثَّلَاثِ هَاهُنَا بِكُلِّ وَاحِدَةٍ، كَمَا لَوْ مَاتَ زَوْجُ الْمَرْأَةِ وَخَلَّفَ إِخْوَتَهَا أَرِقَّاءَ مَعَ عَبِيدٍ آخَرَ، فَإِنَّهُ يَعْتِقُ عَلَيْهَا مِنْ كُلِّ أَخٍ لَهَا بِنِسْبَةِ نَصِيبِهَا مِنَ الْمِيرَاثِ، وَإِنْ كَانَ نَصِيبُهَا لَا يَسْتَوْعِبُ قِيمَةَ الْجَمِيعِ.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتُنَّ طَوَالِقُ ثَلَاثًا، طُلِّقَ كُلُّهُنَّ ثَلَاثًا، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْقَاضِي فِيهِ خِلَافًا؛ لِأَنَّهُ أَضَافَ الثَّلَاثَةَ إِلَى الْجَمِيعِ، وَفِي الصُّورَتَيْنِ الْأَوَّلَتَيْنِ أَرْسَلَ الثَّلَاثَ بَيْنَهُنَّ أَوْ عَلَيْهِنَّ.

وَيَتَوَجَّهُ تَخْرِيجُ الْخِلَافِ فِيهَا أَيْضًا؛ لِأَنَّ إِضَافَةَ الثَّلَاثِ إِلَيْهِنَّ لَا يُنَافِي أَنْ يُوَزَّعَ الثَّلَاثَةَ عَلَى مَجْمُوعِهِنَّ لَا عَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ.

وَمِمَّا يَدْخُلُ فِي هَذَا الْبَابِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ﴾ [التوبة:٦٠] الْآيَةَ، فَهَلِ الْمُرَادُ تَوْزِيعُ مَجْمُوعِ الصَّدَقَاتِ عَلَى مَجْمُوعِ الْأَصْنَافِ، أَوْ كُلُّ فَرْدٍ مِنْ أَفْرَادِ الصَّدَقَاتِ عَلَى مَجْمُوعِ الْأَصْنَافِ.

وَيَنْبَنِي عَلَى ذَلِكَ مَسْأَلَةُ وُجُوبِ اسْتِيعَابِ الْأَصْنَافِ بِكُلِّ صَدَقَةٍ، وَفِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ؛ أَشْهَرُهُمَا أَنَّهُ غَيْرُ وَاجِبٍ.

وَهَلْ يَجِبُ عَلَى الْإِمَامِ إِذَا اجْتَمَعَتْ عِنْدَهُ الصَّدَقَاتُ أَنَّهُ يَعُمُّ الْأَصْنَافَ مِنْهَا أَمْ لَا؟ قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: يَجِبُ عَلَى ذَلِكَ لِتَحْصُلَ التَّوْفِيَةُ بِاسْتِيعَابِ الْأَصْنَافِ بِمَجْمُوعِ الصَّدَقَاتِ كَمَا دَلَّتْ عَلَيْهِ الْآيَةُ.

وَقَالَ الْقَاضِي: يُسْتَحَبُّ ذَلِكَ وَلَا يَجِبُ؛ لِأَنَّ حَقَّ بَقِيَّةِ الْأَصْنَافِ يَسْقُطُ

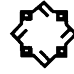
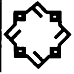
بِإِعْطَاءِ المُلَّاكِ لَـهُمْ، وَأَيْضًا فَلَيْسَ فِي الْآيَةِ إِيجَابُ الِاسْتِيعَابِ لِصَدَقَاتِ كُلِّ عَامٍ، فَيَجُوزُ تَعْوِيضُهُمْ فِي كُلِّ عَامٍ آخَرَ، وَمِمَّا يَدْخُلُ فِيهِ أَيْضًا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣] الْآيَةَ، هَلِ اقْتَضَتْ مُقَابَلَةَ مَجْمُوعِ المُظَاهِرِينَ لِمَجْمُوعِ نِسَائِهِمْ وَتَوْزِيعَهُ مَعَ كُلِّ مُظَاهِرٍ عَلَى زَوْجَتِهِ، أَوْ مُقَابَلَةَ كُلِّ فَرْدٍ مِنَ الْمُظَاهِرِينَ مَجْمُوعَ نِسَائِهِ الْمُظَاهَرِ مِنْهُنَّ؟

قَرَّرَ أَبُو الخَطَّابِ وَغَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِنَا الثَّانِيَ، وَاسْتَدَلَّ عَلَى أَنَّ المُظَاهَرَةَ مِنْ جَمِيعِ الزَّوْجَاتِ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ لَا تُوجِبُ سِوَى كَفَّارَةٍ وَاحِدَةٍ، وَكَذَلِكَ قَالَ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] إِلَى آخِرِ الْآيَةِ؛ أَنَّ الْمُرَادَ: حُرِّمَتْ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ بَنَاتُهُ وَأَخَوَاتُهُ وَعَمَّاتُهُ وَخَالَاتُهُ.

فَأَمَّا الْأُمَّهَاتُ فَجَعَلَهَا فِي مُقَابَلَةِ الْأَفْرَادِ بِالْأَفْرَادِ، قَالَ: لِأَنَّهُ لَـمَّا لَمْ يُتَصَوَّرْ أَنْ يَكُونَ لِلْوَاحِدِ أُمَّانِ، عُلِمَ أَنَّهُ أَرَادَ الْوَاحِدَ فِي مُقَابَلَةِ الْوَاحِدِ.

وَأَمَّا مَا احْتَمَلَ الجَمْعَ فِي مُقَابَلَةِ الْوَاحِدِ فَإِنَّهُ يُحْمَلُ عَلَيْهِ، وَالْأَظْهَرُ -وَاللهُ أَعْلَمُ- أَنَّ الْكُلَّ مِمَّا قُوبِلَ فِيهِ الْوَاحِدُ بِالْوَاحِدِ، وَالجُمْلَةُ بِالجُمْلَةِ، وَأَنَّ المَعْنَى: حُرِّمَتْ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ أُمُّهُ وَبِنْتُهُ وَأُخْتُهُ؛ إِذْ لَوْ أُرِيدَ مُقَابَلَةُ الْوَاحِدِ بِالجَمْعِ لَحَرَّمَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ أُمَّهَاتِ الجَمِيعِ وَبَنَاتِهِمْ، وَهُوَ بَاطِلٌ قَطْعًا.

⁂

القَاعِدَةُ الرَّابِعَةَ عشَرَ بعْدَ المِائَةِ



إطْلَاقُ الشَّرِكَةِ هَلْ يَتَنَزَّلُ عَلَى الْمُنَاصَفَةِ أَوْ هُوَ مُبْهَمٌ يَفْتَقِرُ إلَى تَفْسِيرٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ذَكَرَهُمَا صَاحِبُ التَّلْخِيصِ فِي الْبَيْعِ.

وَالَّذِي ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ فِي الْإِقْرَارِ أَنَّهُ مُبْهَمٌ، وَكَذَلِكَ صَرَّحَ بِهِ ابْنُ عَقِيلٍ فِي نَظَرِيَّاتِهِ مُخْتَارًا لَهُ.

وَقَالَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ فِي الْبَيْعِ وفِي خِلَافِهِ أَيْضًا: يَنْزِلُ عَلَى الْمُنَاصَفَةِ، وَهَلْ يُقَالُ بِاسْتِحْقَاقِ الشَّرِيكِ مِنْ كُلِّ جُزْءٍ أَوْ بِالتَّشَاطُرِ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ، وَكَلَامُ الْأَصْحَابِ يَدُلُّ عَلَى التَّشَاطُرِ، وَيَتَفَرَّعُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: لَوْ قَالَ لِمُشْتَرِي سِلْعَةٍ: أَشْرِكْنِي فِي هَذِهِ السِّلْعَةِ، فَهَلْ يَصِحُّ وَيَنْزِلُ عَلَى الْمُنَاصَفَةِ أَمْ لَا لِلْجَهَالَةِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ذَكَرَهُمَا فِي التَّلْخِيصِ، وَالْمَجْزُومُ بِهِ فِي الْمُحَرَّرِ الصِّحَّةُ تَنْزِيلًا عَلَى الْمُنَاصَفَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ: هَذَا الْعَبْدُ شَرِكَةٌ بَيْنِي وَبَيْنَ فُلَانٍ، أَوْ هُوَ شَرِيكِي، وَفِيهِ وَجْهَانِ، الْمَجْزُومُ فِي الْإِقْرَارِ الْإِبْهَامُ، وَيُرْجَعُ فِي تَفْسِيرِهِ إلَيْهِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ ابْنِ عَقِيلٍ، وَقَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: هُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ.

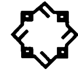
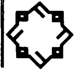
وَمِنْهَا: لَوْ أَوْقَعَ طَلَاقًا ثَلَاثًا بِامْرَأَةٍ لَهُ، ثُمَّ قَالَ لِلْأُخْرَى: شَرَّكْتُكِ مَعَهَا، فَإِنْ قُلْنَا بِالْمُنَاصَفَةِ اقْتَضَى وُقُوعَ اثْنَتَيْنِ.

وَإِنْ قُلْنَا: بالْإِبْهَامُ لَمْ يَقَعْ أَكْثَرُ مِنْ وَاحِدَةٍ؛ لِأَنَّهَا الْيَقِينُ، إِلَّا أَنْ يُفَسِّرَهُ بِأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَقَعَ ثَلَاثًا بِنَاءً عَلَى أَنَّ الشَّرِكَةَ تَقْتَضِي الِاسْتِحْقَاقَ مِنْ كُلِّ جُزْءٍ.

وَقَدْ يُقَالُ: هَذَا إِنَّمَا يُمْكِنُ فِي التَّمْلِيكَاتِ دُونَ الطَّلَاقِ؛ فَإِنَّ حَقِيقَةَ الِاشْتِرَاكِ فِي طَلَاقِ الْأُولَى لَا يُمْكِنُ، فَحُمِلَ عَلَى اسْتِحْقَاقِ نَظِيرِهِ.

أَمَّا لَوْ تَعَدَّدَ الشُّرَكَاءُ فَهَلْ يُقَالُ: يَسْتَحِقُّ الشَّرِيكُ نِصْفَ مَالِهِمْ أَوْ مِثْلَ وَاحِدٍ مِنْهُمْ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي فِي الْبَيْعِ، وَبَنَى عَلَيْهِمَا: لَوِ اشْتَرَى اثْنَانِ شَيْئًا ثُمَّ اشْتَرَكَا ثَلَاثًا فِيهِ، فَهَلْ لَهُ نِصْفُهُ أَوْ ثُلُثُهُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَخَرَّجَ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ وَالشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ فِي الْمُسَوَّدَةِ الْوَجْهَيْنِ فِيمَا إِذَا قَالَ لِثَلَاثَةِ نِسْوَةٍ: أَوْقَعْتُ بَيْنَكُنَّ طَلْقَةً، ثُمَّ قَالَ لِرَابِعَةٍ: أَشْرَكْتُكِ مَعَهُنَّ، هَلْ يَقَعُ بِهَا طَلْقَةً وَاحِدَةً أَوْ طَلْقَتَيْنِ؟ عَلَى الْوَجْهَيْنِ.



الْقَاعِدَةُ الخَامِسَةَ عَشَرَ بَعْدَ المِائَةِ



الحُقُوقُ الْمُشْتَرَكَةُ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَصَاعِدًا نَوْعَانِ:

أَحَدُهُمَا: مَا يَقَعُ اسْتِحْقَاقُ كُلِّ وَاحِدٍ بِانْفِرَادِهِ لِجَمِيعِ الحَقِّ، وَيَتَزَاحَمُونَ فِيهِ عِنْدَ الِاجْتِمَاعِ.

وَالثَّانِي: مَا يَسْتَحِقُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الحَقِّ بِحِصَّتِهِ بِخَاصَّةٍ

وَلِلْأَوَّلِ أَمْثِلَةٌ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: الشُّفَعَاءُ الْمُجْتَمِعُونَ كُلٌّ مِنْهُمْ يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ بِكَمَالِهَا، فَإِذَا عَفَا أَحَدُهُمْ عَنْ حَقِّهِ تَوَفَّرَ عَلَى الْبَاقِينَ.

وَمِنْهَا: غُرَمَاءُ الْمُفْلِسِ الَّذِي لَا يَفِي مَالُهُ بِدَيْنِ كُلِّ وَاحِدٍ عَلَى انْفِرَادِهِ، وَهُمْ كَالشُّفَعَاءِ.

وَمِنْهَا: الْأَوْلِيَاءُ الْمُتَسَاوُونَ فِي النِّكَاحِ.

وَمِنْهَا: الْعَصَبَاتُ الْمُجْتَمِعُونَ فِي المِيرَاثِ، وَيَتَفَرَّعُ عَلَى ذَلِكَ لَوِ اجْتَمَعَ اثْنَانِ، نِصْفُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُرٌّ، فَهَلْ يَسْتَحِقَّانِ المَالَ كُلَّهُ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: يَسْتَحِقَّانِ جَمِيعَ المَالِ، رَجَّحَهُ الْقَاضِي وَالسَّامَرِّيُّ وَطَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ، وَلَهُ مَأْخَذَانِ:

أَحَدُهُمَا: جَمْعُ الحُرِّيَّةِ فِيهِمَا، فَيَكْمُلُ بِهَا حُرِّيَّة ابْنٍ، وَهُوَ مَأْخَذُ أَبِي الخَطَّابِ وَغَيْرِهِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ حَقَّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَعَ كَمَالِ حُرِّيَّتِهِ فِي جَمِيعِ المَـالِ، لَا فِي نِصْفِهِ، وَإِنَّمَا أَخَذَ نِصْفَهُ لِمُزَاحِمَةِ أَخِيهِ لَهُ، وَحِينَئِذٍ فَقَدْ أَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ المَالِ هُنَا، وَهُوَ نِصْفُ حَقِّهِ، مَعَ كَمَالِ حُرِّيَّتِهِ، فَلَمْ يَأْخُذْ زِيَادَةً عَلَى قَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الحُرِّيَّةِ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: لَا يَسْتَحِقَّانِ المَـالَ كُلَّهُ؛ لِئَلَّا تَسْتَوِيَ حَالُ حُرِّيَّتِهِمَا الْكَامِلَةِ وَالمُبَعَّضَةِ. وَهَلْ يَسْتَحِقَّانِ نِصْفَهُ تَنْزِيلًا لَهُمَا حَالَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ تَنْزِيلًا لَهُمَا ثَلَاثَةَ أَحْوَالٍ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَلَوْ كَانَ ابْنٌ نِصْفُهُ حُرًّا مَعَ أُمٍّ فَعَلَى المَأْخَذِ الثَّانِي فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ يَتَوَجَّهُ أَنْ يَأْخُذَ نِصْفَ المَالِ كُلِّهِ، وَهُوَ أَحَدُ الْوُجُوهِ لِلْأَصْحَابِ، وَرَجَّحَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ، وَذَكَرَ أَنَّهُ اخْتِيَارُ أَبِيهِ، وقِيلَ: يَأْخُذُ نِصْفَ الْبَاقِي بَعْدَ رُبُعِ الْأُمِّ، وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ وَالْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَقِيلَ: يَأْخُذُ نِصْفَ مَا كَانَ يَأْخُذُهُ حَالَ كَمَالِ الحُرِّيَّةِ، وَهُوَ هُنَا رُبُعٌ وَسُدُسٌ، وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ إِبْرَاهِيمُ الحَرْبِيُّ فِي كِتَابِ الْفَرَائِضِ، وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبُ المُـحَرَّرِ؛ لِأَنَّ الْقَدْرَ الَّذِي حُجِبَتْ عَنْهُ الْأُمُّ يَسْتَحِقُّهُ كُلَّهُ، وَإِنَّمَا يَتَنَصَّفُ عَلَيْهِ مَا عَدَاهُ.

وَمِنْهَا: ذَوُو الْفُرُوضِ المُجْتَمِعُونَ المُزْدَحِمُونَ فِي فَرْضٍ وَاحِدٍ، كَالزَّوْجَاتِ وَالجَدَّاتِ، وَيَتَفَرَّعُ عَلَى هَذَا إِذَا اجْتَمَعَتْ جَدَّتَانِ أُمُّ أُمٍّ وَأُمُّ أَبٍ مَعَ ابْنِهَا الْأَبِ وَقُلْنَا: إِنَّهُ يَحْجُبُهَا، فَهَلْ تَسْتَحِقُّ الْأُمُّ السُّدُسَ كُلَّهُ أَوْ نِصْفَهُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، أَصَحُّهُمَا

أَنَّهَا تَسْتَحِقُّ السُّدُسَ كُلَّهُ لِزَوَالِ الْمُزَاحِمَةِ مَعَ قِيَامِ الِاسْتِحْقَاقِ لِجَمِيعِهِ، وَالثَّانِي تَسْتَحِقُّ نِصْفَهُ، وَلَهُ مَأْخَذَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ أُمَّ الْأَبِ تَحْجُبُهَا عَنِ السُّدُسِ إِلَى نِصْفِهِ، فَلَا أَثَرَ لِكَوْنِهَا مَحْجُوبَةً كَمَا يَحْجُبُ وَلَدُ الْأُمِّ الْأُمَّ مَعَ انْحِجَابِهِمْ بِالْأَبِ، وَفِيهِ نَظَرٌ، فَإِنَّ حَجْبَ الْأُمِّ إِنَّمَا هُوَ بِطَرِيقِ الْمُزَاحِمَةِ، وَلَا مُزَاحَمَةَ هُنَا.

وَحَجْبُ الْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ لَيْسَ بِالْمُزَاحِمَةِ، فَإِنَّهُمْ لَا يُشَارِكُونَهَا فِي فَرْضِهَا، وَإِنَّمَا وُجُودُهُمْ هُوَ مُقْتَضٍ لِتَنْقِيصِ فَرْضِهَا.

وَالثَّانِي: أَنَّ أُمَّ الْأَبِ لَهَا مَعَ أُمِّ الْأُمِّ نِصْفُ السُّدُسِ، فَلَمَّا حَجَبَ الْأَبُ أُمَّهُ تَوَفَّرَ ذَلِكَ عَلَيْهِ، لَا عَلَى الْأُخْرَى، وَرُدَّ بِأَنَّ وَلَدَ الْأُمِّ يَحْجُبُونَ الْأُمَّ عَنِ السُّدُسِ، ثُمَّ لَا يَأْخُذُونَهُ، بَلْ يَتَوَفَّرُ عَلَى الْأَبِ، وَقَدْ يُجَابُ عَنْهُ بِأَنَّ وَلَدَ الْأُمِّ لَمَّا كَانُوا مَحْجُوبِينَ بِالْأَبِ تَوَفَّرَ مَا حَجَبُوا عَنْهُ الْأُمَّ عَلَى مَنْ حَجَبَهُمْ وَهُوَ الْأَبُ كَذَلِكَ هُنَا.

وَمِنْهَا: الْوَصَايَا الْمُزْدَحِمَةُ فِي عَيْنٍ أَوْ مِقْدَارٍ مِنْ مَالٍ؛ فَإِنَّ حَقَّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فِي مَجْمُوعِ وَصِيَّتِهِ، وَإِنَّمَا يَأْخُذُ دُونَ ذَلِكَ لِلْمُزَاحَمَةِ، فَإِذَا رَدَّ بَعْضُهُمْ تَوَفَّرَ عَلَى الْبَاقِينَ، وَإِنْ أَجَازَ الْوَرَثَةُ بَعْضَ الْوَصَايَا دُونَ بَعْضٍ فَهَلْ يُعْطَى الْمُجَازُ لَهُ الْقَدْرَ الَّذِي كَانَ يَأْخُذُهُ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ لِلْكُلِّ، أَوْ يُكْمَلُ لَهُ الْجُزْءُ الْمُسَمَّى فِي الْوَصِيَّةِ كُلُّهُ إِنْ أَمْكَنَ؛ لِقِيَامِ اسْتِحْقَاقِهِ لَهُ، وَقَدْ أَمْكَنَ وُصُولُهُ إِلَيْهِ بِزَوَالِ الْمُزَاحَمَةِ بِالرَّدِّ عَلَى غَيْرِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، صَحَّحَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ الثَّانِيَ.

وَمَنْ رَجَّحَ الْأَوَّلَ قَالَ: الْقَدْرُ الْمُزَاحَمُ بِهِ كَانَ حَقًّا لِلْمُزَاحِمِ، فَإِذَا رَدَّهُ الْوَرَثَةُ عَلَيْهِ تَوَفَّرَ عَلَيْهِمْ، لَا عَلَى الْوَصِيَّةِ الْأُخْرَى، وَيَشْهَدُ لِلْأَوَّلِ مَا ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ وَابْنُ

حَامِدٍ وَالْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ فِيمَنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِعَبْدٍ قِيمَتُهُ ثُلُثُ مَالِهِ وَلِآخَرَ بِثُلُثِ مَالِهِ.

فَإِنْ أَجَازَهُ الْوَرَثَةُ فَلِلْمُوصَى لَهُ بِالْعَبْدِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ لِمُزَاحَمَةِ الْآخَرِ لَهُ فِيهِ، وَلِصَاحِبِ الثُّلُثِ رُبُعُ الْعَبْدِ وَثُلُثُ بَاقِي الْمَالِ.

وَإِنْ رَدُّوا قُسِّمَ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ؛ فَيَأْخُذُ صَاحِبُ وَصِيَّةِ الْعَبْدِ بِقَدْرِ سُدُسِ الْمَالِ كُلِّهِ مِنَ الْعَبْدِ، وَيَأْخُذُ الْآخَرُ سُدُسَ الْعَبْدِ وَسُدُسَ بَاقِي الْمَالِ؛ لِزَوَالِ الْمُزَاحَمَةِ بِالرَّدِّ، فَأَمْكَنَ وُصُولُ كُلٍّ مِنْهُمَا إِلَى نِصْفِ مَا سُمِّيَ لَهُ كَامِلًا فَلَا يُنْقَصُ مِنْهُ.

وَخَرَّجَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ وَجْهًا آخَرَ مِنَ الْوَجْهِ الثَّانِي فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا: أَنَّهُ يُقَسَّمُ الثُّلُثَ بَيْنَهُمَا عَلَى حَسَبِ مَا كَانَ يَقْتَسِمَانِ وَصِيَّتَهُمَا حَالَ الْإِجَازَةِ، فَيَفْضُلُ نَصِيبُ صَاحِبِ الثُّلُثِ عَلَى نَصِيبِ صَاحِبِ الْعَبْدِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ صَاحِبِ الْمُغْنِي تَسْوِيَةً بَيْنَهُمَا فِي الرَّدِّ وَالْإِجَازَةِ.

وَفِي تَخْرِيجِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مِنَ الَّتِي قَبْلَهَا نَظَرٌ؛ لِأَنَّ الْوَرَثَةَ هُنَاكَ قَدْ يَكُونُ مَقْصُودُهُمْ بِالرَّدِّ عَلَى أَحَدِهِمَا تَوْفِيرَ مَا كَانَ يَأْخُذُهُ بِالْمُزَاحَمَةِ عَلَيْهِمْ، كَمَا لَوْ أَجَازُوا لِصَاحِبِ الْوَصِيَّةِ بِالْكُلِّ وَرَدُّوا عَلَى الْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ، فَلَوْ أَعْطَيْنَا صَاحِبَ الْكُلِّ مَا رَدُّوهُ عَلَى صَاحِبِ الثُّلُثِ لَمْ يَبْقَ فِي رَدِّهِمْ فَائِدَةٌ لَهُمْ.

وَهُنَا لَا يَخْرُجُ عَنْهُمْ سِوَى الثُّلُثِ، فَيَنْبَغِي أَنْ تُقَسَّمَ الْوَصِيَّتَانِ عَلَى قَدْرِهِمَا عَمَلًا بِمُرَادِ الْمُوصِي مِنَ التَّسْوِيَةِ حَيْثُ أَمْكَنَ وَلَا ضَرَرَ عَلَى الْوَرَثَةِ فِي ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: اسْتِحْقَاقُ الْغَانِمِينَ مِنَ الْغَنِيمَةِ مَتَى ردَّ بَعْضُهُمْ تَوَفَّرَ عَلَى الْبَاقِينَ،

وَسَوَاءٌ قُلْنَا: مَلَكُوهُ بِالِاسْتِيلَاءِ أَوْ لَمْ يَمْلِكُوهُ.

وَمِنْهَا: الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِمْ إِذَا رَدَّ بَعْضُهُمْ تَوَفَّرَ عَلَى الْبَاقِينَ، كَمَا لَوْ مَاتَ بَعْضُهُمْ، وَقَدْ سَبَقَتْ.

وَمِنْهَا: حَدُّ الْقَذْفِ الْمَوْرُوثِ لِجَمَاعَةٍ يَسْتَحِقُّ كُلُّ وَاحِدٍ بِانْفِرَادِهِ، فَإِذَا أَسْقَطَهُ بَعْضُهُمْ فَلِلْبَاقِينَ اسْتِيفَاؤُهُ.

وَأَمَّا النَّوْعُ الثَّانِي فَلَهُ أَمْثِلَةٌ:

مِنْهَا: عُقُودُ التَّمْلِيكَاتِ الْمُضَافَةِ إِلَى عَدَدٍ، فَيَمْلِكُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِحِصَّتِهِ؛ لِاسْتِحَالَةِ أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَالِكًا لِجَمِيعِ الْعَيْنِ. ثُمَّ هَاهُنَا حَالَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنْ يَكُونَ التَّمْلِيكُ بِعِوَضٍ، مِثْلُ أَنْ يَبِيعَ مِنْ رَجُلَيْنِ عَبْدًا أَوْ عَبْدَيْنِ بِثَمَنٍ، فَيَقَعُ الشِّرَاءُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، وَيَلْزَمُ كُلَّ وَاحِدٍ نِصْفُ الثَّمَنِ.

وَإِنْ كَانَ لِاثْنَيْنِ عَبْدَانِ مُفْرَدَانِ، لِكُلِّ وَاحِدٍ عَبْدٌ، فَبَاعَاهُمَا مِنْ رَجُلَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً لِكُلِّ وَاحِدٍ عَبْدًا مُعَيَّنًا بِثَمَنٍ وَاحِدٍ، فَفِي صِحَّةِ الْبَيْعِ وَجْهَانِ:

أَصَحُّهُمَا وَهُوَ الْمَنْصُوصُ: الصِّحَّةُ، وَعَلَيْهِ فَيَقْتَسِمَانِ الثَّمَنَ عَلَى قَدْرِ قِيمَتَيِ الْعَبْدَيْنِ.

وَذَكَرَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَجْهًا آخَرَ: أَنَّهُمَا يَقْتَسِمَانِهِ عَلَى عَدَدِ رُءُوسِ الْمَبِيعِ نِصْفَيْنِ تَخْرِيجًا مِنْ أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ فِيمَنْ إِذَا تَزَوَّجَ أَرْبَعًا فِي عَقْدٍ بِمَهْرٍ وَاحِدٍ أَوْ خَالَعَهُنَّ بِعِوَضٍ وَاحِدٍ، أَنَّهُ يَكُونُ بَيْنَهُنَّ أَرْبَاعًا، وَهُوَ هَاهُنَا بَعِيدٌ جِدًّا؛ لِأَنَّ الْبُضْعَ لَيْسَ بِمَالٍ مَحْضٍ، فَكَيْفَ سَوَّى بِهِ الْأَمْوَالَ الْمُبْتَغَى بِهَا الْأَرْبَاحُ وَالتَّكَسُّبُ،

وَخَرَّجَاهُ أَيْضًا فِي الْكِتَابَةِ، وَهُوَ أَقْرَبُ مِنَ الْبَيْعِ؛ إِذِ الْكِتَابَةُ فِيهَا مَعْنَى الْعِتْقِ.

الحَالَةُ الثَّانِيَةُ: أَنْ يَكُونَ بِغَيْرِ عِوَضٍ، مِثْلُ أَنْ يَهَبَ لِجَمَاعَةٍ شَيْئًا، أَوْ يُمَلِّكَهُمْ إِيَّاهُ عَنْ زَكَاةٍ أَوْ كَفَّارَةٍ مُشَاعًا فِي الْكَفَّارَةِ، فَقِيَاسُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ فِي التَّمْلِيكِ بِعِوَضٍ أَنَّهُمْ يَتَسَاوَوْنَ فِي مِلْكِهِمْ، وَحَكَى صَاحِبُ الْمُغْنِي فِيمَا إِذَا وَضَعَ طَعَامًا فِي الْكَفَّارَةِ بَيْنَ يَدَيْ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ فَقَالَ: هُوَ بَيْنَكُمْ بِالسَّوِيَّةِ، فَقَبِلُوهُ، ثَلَاثَةَ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا، وَهُوَ الَّذِي جَزَمَ بِهِ أَوَّلًا: أَنَّهُ يُجْزِيهِ؛ لِأَنَّهُ مَلَّكَهُمُ التَّصَرُّفَ فِيهِ وَالِانْتِفَاعَ بِهِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، كَمَا لَوْ دَفَعَ دَيْنَ غُرَمَائِهِ بَيْنَهُمْ.

وَالثَّانِي، وَحَكَاهُ عَنِ ابْنِ حَامِدٍ: يُجْزِيهِ وَإِنْ لَمْ يَقُلْ بِالتَّسْوِيَةِ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ: خُذُوهَا عَنْ كَفَّارَتِي يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حُكْمُهَا.

وَالثَّالِثُ، وَحكاه عَنِ الْقَاضِي: أَنَّهُ إِنْ عَلِمَ أَنَّهُ وَصَلَ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ قَدْرُ حَقِّهِ أَجْزَأَ، وَإِلَّا لَمْ يُجْزِهِ، هَذَا مَا ذَكَرَهُ. وَأَصْلُ ذَلِكَ مَا قَالَهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ: إِذَا أَفْرَدَ سِتِّينَ مُدًّا وَقَالَ لِسِتِّينَ مِسْكِينًا: خُذُوهَا، فَأَخَذُوهَا، أَوْ قَالَ: كُلُوهَا وَلَمْ يَقُلْ: بِالسَّوِيَّةِ، أَوْ قَالَ: قَدْ مَلَكْتُمُوهَا بِالسَّوِيَّةِ، فَأَخَذُوهَا، فَقَالَ شَيْخُنَا أَبُو عَبْدِ اللهِ بْنُ حَامِدٍ: يُجْزِيهِ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ: خُذُوهَا عَنْ كَفَّارَتِي يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْكَفَّارَةِ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمْ بِالسَّوِيَّةِ، فَإِنْ عَرَفَ أَنَّهَا وَصَلَتْ إِلَيْهِمْ بِالسَّوِيَّةِ أَجْزَأَهُ، وَإِنْ عَلِمَ التَّفَاضُلَ فَمَنْ حَصَلَ مَعَهُ التَّفْضِيلُ فَقَدْ أَخَذَ زِيَادَةً، وَمَنْ أَخَذَ أَقَلَّ كَانَ عَلَيْهِ أَنْ يُكْمِلَهُ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ كَيْفَ وَصَلَ إِلَيْهِمْ لَمْ يُجْزِئْهُ وَعَلَيْهِ اسْتِئْنَافُهَا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ قَدْرَ مَا وَصَلَ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ بِعَيْنِهِ. انْتَهَى.

فَحَكَى الْكُلَّ عَنِ ابْنِ حَامِدٍ، وَصَاحِبُ الْمُغْنِي جَعَلَ الْإِجْزَاءَ مُطْلَقًا قَوْلَ ابْنِ حَامِدٍ وَاعْتِبَارَ الْوُصُولِ قَوْلَ الْقَاضِي، وَلَيْسَ كَذَلِكَ، وَكَذَلِكَ اسْتَشْكَلَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ مَا وَقَعَ فِي الْمُجَرَّدِ وَقَالَ: لَعَلَّهُ وَقَعَ غَلَطٌ فِي النُّسْخَةِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ أَيْضًا؛ فَإِنِّي نَقَلْتُ مَا ذَكَرْتُهُ. قَالَ: وَلَعَلَّ مِنْ أَصْلِ الْقَاضِي بِخَطِّهِ. ثُمَّ قَالَ: عِنْدِي أَنَا إِنْ قُلْنَا: مَلَكُوهَا بِالتَّخْلِيَةِ وَإِنَّهَا قَبْضٌ أَجْزَأَتْهُ بِكُلِّ حَالٍ. قَالَ: وَلَعَلَّ هَذَا اخْتِيَارُ ابْنِ حَامِدٍ، وَهَذَا بَعِيدٌ جِدًّا، بَلِ اخْتِيَارُ ابْنِ حَامِدٍ عَكْسُهُ، وَإِنَّ الْهِبَةَ وَالصَّدَقَةَ لَا تُمْلَكُ بِدُونِ قَبْضٍ، وَقَدْ قَدَّمْنَا ذَلِكَ عَنْهُ فِي مَسَائِلِ الْقُبُوضِ، وَإِنَّ الْقَبْضَ فِي الْمَنْقُولِ بِالنَّقْلِ، فَيَتَوَجَّهُ عَلَى هَذَا أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ تَحْقِيقِ قَبْضِ كُلِّ وَاحِدٍ لِمِقْدَارِ مَا يُجْزِئُ دَفْعُهُ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ بِدُونِهِ، وَلَا عِبْرَةَ بِالْإِيجَابِ لَهُمْ بِالسَّوِيَّةِ، وَمَا حَكَاهُ الْقَاضِي عَنِ ابْنِ حَامِدٍ يُشْعِرُ بِأَنَّ إِطْلَاقَ قَوْلِهِ: خُذُوا هَذَا وَهُوَ لَكُمْ لَا يُحْمَلُ عَلَى التَّسْوِيَةِ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا عَلَّلَ بِأَنَّ التَّسْوِيَةَ حُكْمُ الْكَفَّارَةِ، وَهَذَا مُخَالِفٌ لِمَا قَرَّرُوهُ فِي عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ.

وَأَمَّا مَاحَكَاهُ فِي الْمُغْنِي مِنْ طَرْدِ الْخِلَافِ فِيمَا لَوْ قَالَ: هُوَ بَيْنَكُمْ بِالسَّوِيَّةِ، أَوِ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ: هُوَ بَيْنَكُمْ أَلْبَتَّةَ، فَلَيْسَ ذَلِكَ فِي كَلَامِ الْقَاضِي، وَيَتَخَرَّجُ ذَلِكَ عَلَى أَصْلٍ؛ وَهُوَ أَنَّ إِطْلَاقَ الْبَيِّنَةِ هَلْ يَقْتَضِي التَّسَاوِيَ أَمْ لَا؟ وَفِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَقْتَضِيهِ، وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ فِي الْمُضَارَبَةِ، إِذَا قَالَ: خُذْ هَذَا الْمَالَ فَاتَّجِرْ فِيهِ وَالرِّبْحُ بَيْنَنَا، أَنَّهُمَا يَتَسَاوَيَانِ فِيهِ، وَصَرَّحَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَالْأَصْحَابُ فِي مَسْأَلَةِ الْمُضَارَبَةِ فِي أَنَّ إِطْلَاقَ الْقَرَارِ بِشَيْءٍ أَنَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ

زَيْدٍ يَتَنَزَّلُ عَلَى النَّاصِفَةِ أَيْضًا، وَكَذَلِكَ صَرَّحُوا بِهِ فِي الْوَصَايَا إِذَا قَالَ: وَصَّيْتُ لِفُلَانٍ وَفُلَانٍ بِمِائَةٍ بَيْنَهُمَا أَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ خَمْسِينَ.

وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِيمَنْ قَالَ: بَيْنَ فُلَانٍ وَفُلَانٍ مِائَةُ دِرْهَمٍ، وَأَحَدُهُمَا مَيِّتٌ، لَيْسَ لِلْحَيِّ إِلَّا خَمْسُونَ دِرْهَمًا، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: لِفُلَانٍ وَفُلَانٍ مِائَةُ دِرْهَمٍ، وَأَحَدُهُمَا مَيِّتٌ، وَأَنْكَرَ قَوْلَ سُفْيَانَ بِالتَّفْرِقَةِ بَيْنَهُمَا، وَهَذَا تَصْرِيحٌ بِأَنَّ إِطْلَاقَ الْوَصِيَّةِ يَتَنَزَّلُ عَلَى التَّسَاوِي كَمَا قَالَ بَيْنَهُمَا.

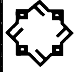
وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّ إِطْلَاقَ الْبَيِّنَةِ لَا تَقْتَضِي التَّسَاوِيَ، وَبِهِ جَزَمَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي عُمَدِهِ فِي مَسْأَلَةِ الْإِقْرَارِ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي الْإِقْرَارِ وَصَاحِبَا الْمُغْنِي وَالْمُحَرَّرِ.

وَمِنْهَا: الْقِصَاصُ الْمُسْتَحَقُّ لِجَمَاعَةٍ بِقَتْلِ مَوْرُوثِهِمْ، يَسْتَحِقُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِالْحِصَّةِ، فَمَنْ عَفَا مِنْهُمْ سَقَطَ حَقُّهُ وَسَقَطَ الْبَاقِي؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَبَعَّضُ.

وَهَاهُنَا صُوَرٌ مُخْتَلَفٌ فِيهَا، هَلْ يَلْحَقُ بِالنَّوْعِ الْأَوَّلِ أَوِ الثَّانِي كَالْغَرَامَاتِ الْوَاجِبَةِ عَلَى جَمَاعَةٍ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ؛ كَالْمُشْتَرِكِينَ فِي قَتْلِ آدَمِيٍّ أَوْ صَيْدٍ مُحَرَّمٍ أَوْ فِي وَطْءٍ فِي الْحَجِّ أَوْ فِي الصِّيَامِ، هَلْ يَتَعَدَّدُ عَلَيْهِمُ الدِّيَاتُ وَالْجَزَاءُ وَالْكَفَّارَةُ؟

وَكَذَلِكَ عُقُودُ التَّوَثُّقَاتِ كَالرَّهْنِ وَالضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ، وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُهَا.

⁂




الْقَاعِدَةُ السَّادِسَةَ عَشَرَ بَعْدَ المِائَةِ



مَنِ اسْتَنَدَ تَمَلُّكُهُ إِلَى سَبَبٍ مُسْتَقِرٍّ لَا يُمْكِنُ إِبْطَالُهُ، وَتَأَخَّرَ حُصُولُ المِلْكِ عَنْهُ، فَهَلْ تَنْعَطِفُ أَحْكَامُ مِلْكِهِ إِلَى أَوَّلِ وَقْتِ انْعِقَادِ السَّبَبِ وَيَثْبُتُ أَحْكَامُهُ مِنْ حِينَئِذٍ، أَمْ لَا يَثْبُتُ إِلَّا مِنْ حِينِ ثُبُوتِ المِلْكِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَلِلْمَسْأَلَةِ أَمْثِلَةٌ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: مِلْكُ الشَّفِيعِ إِذَا أَخَذَ بِالشُّفْعَةِ، وَثَمَّ نَخْلٌ مُؤَبَّرٌ كَانَ وَقْتَ الْبَيْعِ غَيْرَ مُؤَبَّرٍ، وَفِيهِ وَجْهَانِ سَبَقَ ذِكْرُهُمَا.

وَمِنْهَا: مِلْكُ المُوصَى لَهُ إِذَا قبلَ بَعْدَ المَوْتِ، فَهَلْ يَثْبُتُ لَهُ المِلْكُ مِنْ حِينِ المَوْتِ أَمْ لَا؟ وَفِيهِ خِلَافٌ مَعْرُوفٌ.

وَمِنْهَا: إِذَا تَمَلَّكَ المَالِكُ لِلْأَرْضِ زَرْعَ الْغَاصِبِ بِنَفَقَتِهِ بَعْدَ بُدُوِّ صَلَاحِهِ، فَهَلْ يَجِبُ زَكَاتُهُ عَلَيْهِ أَمْ عَلَى الْغَاصِبِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَقَدْ سَبَقَ فِي بَيْعِ الثَّمَرِ قَبْلَ بُدُوِّ صَلَاحِهَا بِشَرْطِ الْقَطْعِ نَحْوِ ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: الْفَسْخُ بِالْعَيْبِ وَالخِيَارِ، فَإِنَّهُ يَسْتَنِدُ إِلَى مُقَارِنٍ لِلْعَقْدِ، فَهَلْ هُوَ رَفْعٌ لِلْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ أَوْ مِنْ حِينِهِ، وَفِيهِ خِلَافٌ مَعْرُوفٌ.

وَمِنْهَا: دِيَةُ المَقْتُولِ، هَلْ تَحْدُثُ عَلَى مِلْكِ الْوَارِثِ؛ لِأَنَّهَا تَجِبُ بَعْدَ المَوْتِ، أَوْ عَلَى مِلْكِ المَوْرُوثِ؛ لِأَنَّ سَبَبَهَا وُجِدَ فِي حَيَاتِهِ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ مَعْرُوفَتَيْنِ،

وَحَكَى ابْنُ الزَّاغُونِيِّ فِي الْإِقْنَاعِ الرِّوَايَتَيْنِ فِي الْقِصَاصِ أَيْضًا هَلْ هُوَ وَاجِبٌ لِلْوَرَثَةِ ابْتِدَاءً أَوْ مَوْرُوثٌ عَنِ الْمَيِّتِ؟

وَمِنْهَا: إِذَا انْعَقَدَ سَبَبُ الْمِلْكِ أَوِ الضَّمَانِ فِي الْحَيَاةِ وَتَحَقَّقَ بَعْدَ الْمَوْتِ، كَمَنْ نَصَبَ شَبَكَةً فَوَقَعَ فِيهَا صَيْدٌ بَعْدَ مَوْتِهِ، أَوْ عَثَرَ بِهَا إِنْسَانٌ، فَفِيهِ خِلَافٌ سَبَقَ ذِكْرُهُ.

وَمِنْهَا: إِذَا كَاتَبَ عَبْدًا ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يُؤَدِّ إِلَيْهِ شَيْئًا، فَأَدَّى إِلَى وَرَثَتِهِ وَعَتَقَ، فَهَلِ الْوَلَاءُ لِلسَّيِّدِ الَّذِي كَاتَبَهُ لِانْعِقَادِ سَبَبِهِ فِي مِلْكِهِ، أَوْ لِلْوَرَثَةِ الْمُؤَدَّى إِلَيْهِمْ لِتَحَقُّقِ السَّبَبِ فِي مِلْكِهِمْ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّ الْوَلَاءَ لِلسَّيِّدِ الْأَوَّلِ .

وَمِنْهَا: إِذَا كَاتَبَ الْمُكَاتَبُ عَبْدًا فَأَدَّى إِلَيْهِ وَعَتَقَ قَبْلَ أَدَائِهِ أَوْ أَعْتَقَهُ بِمَالٍ وَقُلْنَا: لَهُ ذَلِكَ، فَفِي وِلَايَتِهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لِلسَّيِّدِ الْأَوَّلِ، وَهُوَ مَحْكِيٌّ عَنْ أَبِي بَكْرٍ؛ لِثُبُوتِ الْوَلَاءِ عَلَى هَذَا الْعِتْقِ فِي حَالٍ لَيْسَ مَوْلَاهُ مِنْ أَهْلِ الْمِيرَاثِ، فَاسْتَقَرَّ لِمَوْلَى الْمَوْلَى.

وَالثَّانِي: هُوَ مَوْقُوفٌ، فَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ الْأَوَّلُ وَعَتَقَ فَالْوَلَاءُ لَهُ لِانْعِقَادِهِ لَهُ قَبْلَ عِتْقِهِ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ، وَرَجَّحَ فِي الْخِلَافِ قَوْلَ أَبِي بَكْرٍ حَتَّى حَكَى عَنْهُ أَنَّهُ لَوْ عَتَقَ الْمُكَاتَبُ الْأَوَّلَ قَبْلَ الثَّانِي فَالْوَلَاءُ لِلسَّيِّدِ؛ لِانْعِقَادِ سَبَبِ الْوَلَاءِ لَهُ، حَيْثُ كَانَ الْمُكَاتَبُ لَيْسَ أَهْلًا لَهُ، وَكَلَامُ أَبِي بَكْرٍ إِنَّمَا يَدُلُّ عَلَى اسْتِقْرَارِ الْوَلَاءِ لِلسَّيِّدِ إِذَا وَقَعَتِ الْكِتَابَةُ أَوِ الْعِتْقُ الْمُنْجَزُ بِإِذْنِهِ، وَأَمَّا مَا وَقَعَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَالْعِتْقُ عِنْدَهُ مَوْقُوفٌ عَلَى أَدَاءِ الْمُكَاتَبِ الْأَوَّلِ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لَهُ كَوَلَاءِ ذَوِي رَحِمِهِ وَالَّذِينَ اشْتَرَاهُمْ فِي حَالِ الْكِتَابَةِ.

وَأَمَّا الْعَبْدُ الْقِنُّ إذَا أُعْتِقَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ مِمَّا مَلَكَهُ وَقُلْنَا بِمِلْكِهِ، فَحَكَى صَاحِبُ الْمُغْنِي عَنْ طَلْحَةَ الْعَاقُولِيِّ مِنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ مَوْقُوفٌ، فَإِنْ عَتَقَ فَالْوَلَاءُ لَهُ، وَإِنْ مَاتَ قِنًّا فَهُوَ لِلسَّيِّدِ.

وَفِي الْمُجَرَّدِ لِلْقَاضِي أَنَّ الْوَلَاءَ لِلسَّيِّدِ مُطْلَقًا، وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِي عَبْدٍ أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ أَنْ يَبْتَاعَ عَبْدًا أَوْ يُعْتِقَهُ أَنَّ وَلَاءَهُ لِسَيِّدِهِ، وَقَالَ: إذَا أَذِنُوا لَهُ فَكَأَنَّهُمْ هُمُ الْمُعْتِقُونَ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى الْفَرْقِ بَيْنَ عِتْقِ الْمُكَاتَبِ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ وَعِتْقِهِ بِدُونِهِ كَمَا سَبَقَ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مُخَرَّجًا عَلَى قَوْلِهِ: إنَّ الْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ وَإِنَّهُ أَعْتَقَهُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ بِطَرِيقِ الْوَكَالَةِ، ثُمَّ لَيْسَ فِي نَصِّهِ أَنَّ الْعَبْدَ عَتَقَ بَعْدَ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا فِيهِ أَنَّ سَيِّدَهُ بَاعَهُ.

وَيُشْبِهُ هَذِهِ الْمَسَائِلَ إذَا أَسْلَمَ الْكَافِرُ عَلَى أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ، وَاخْتَارَ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا، انْفَسَخَ نِكَاحُ الْبَوَاقِي، وَهَلْ يَبْتَدِئْنَ الْعِدَّةَ مِنْ حِينِ الِاخْتِيَارِ؛ لِأَنَّ نِكَاحَهُنَّ إنَّمَا انْفَسَخَ بِهِ، أَوْ مِنْ حِينِ الْإِسْلَامِ؛ لِأَنَّهُ السَّبَبُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

فَأَمَّا تَصَرُّفُ الْفُضُولِيِّ إذَا قُلْنَا: يَقِفُ عَلَى الْإِجَازَةِ، فَأَجَازَهُ مَنْ عُقِدَ لَهُ، فَهَلْ يَقَعُ الْمِلْكُ فِيهِ مِنْ حِينِ الْعَقْدِ حَتَّى يَكُونَ النَّمَاءُ لَهُ، أَمْ مِنْ حِينِ الْإِجَازَةِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: مِنْ حِينِ الْعَقْدِ، وَبِهِ قَطَعَ الْقَاضِي فِي الْجَامِعِ، وَصَاحِبُ الْمُغْنِي فِي مَسْأَلَةِ نِكَاحِ الْفُضُولِيِّ.

وَالثَّانِي: مِنْ حِينِ الْإِجَازَةِ، وَبِهِ جَزَمَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ، وَلَكِنَّ السَّبَبَ هُنَا غَيْرُ مُسْتَقِرٍّ؛ لِإِمْكَانِ زَوَالِهِ بِالرَّدِّ، وَيَشْهَدُ لِلْوَجْهِ الثَّانِي أَنَّ الْقَاضِيَ صَرَّحَ بِأَنَّ

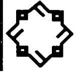
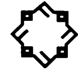
حُكْمَ الحَاكِمِ المُخْتَلَفِ فِيهِ إِنَّمَا يُفِيدُ صِحَّةَ المَحْكُومِ بِهِ وَانْعِقَادَهُ مِنْ حِينِ الحُكْمِ، وَقَبْلَ الحُكْمِ كَانَ بَاطِلًا.

وَيَلْتَحِقُ بِهَذِهِ الْقَاعِدَةِ الْعِبَادَاتُ الَّتِي يُكْتَفَى بِحُصُولِ بَعْضِ شَرَائِطِهَا فِي أَثْنَاءِ وَقْتِهَا إِذَا وُجِدَ الشَّرْطُ فِي أَثْنَائِهَا، فَهَلْ يُحْكَمُ لَـهَا بِحُكْمِ مَا اجْتَمَعَتْ شَرَائِطُهَا مِنِ ابْتِدَائِهَا أَمْ لَا؟ فِيهِ خِلَافٌ أَيْضًا، وَيَنْبَنِي عَلَيْهِ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: إِذَا نَوَى الصَّائِمُ الْمُتَطَوِّعُ الصَّوْمَ مِنْ أَثْنَاءِ النَّهَارِ، فَهَلْ يُحْكَمُ لَهُ بِحُكْمِ الصِّيَامِ مِنْ أَوَّلِهِ أَمْ حِينَ نَوَاهُ، فَلَا يُثَابُ عَلَى صَوْمِهِ إِلَّا مِنْ حِينِ النِّيَّةِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَالثَّانِي: ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ.

وَمِنْهَا: إِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ أَوْ عَتَقَ الْعَبْدُ وَهُمَا مُحْرِمَانِ قَبْلَ فَوَاتِ وَقْتِ الْوُقُوفِ، فَهَلْ يُجْزِئُهُمَا عَنْ حَجَّةِ الْإِسْلَامِ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، أَشْهَرُهُمَا: الْإِجْزَاءُ، فَقِيلَ؛ لِأَنَّ إِحْرَامَهُمَا انْعَقَدَ مُرَاعًى؛ لِأَنَّهُ قَابِلٌ لِلنَّقْلِ وَالِانْقِلَابِ، وَقِيلَ: بَلْ بِقَدْرِ مَا مَضَى مِنْهُ كَالمَعْدُومِ، وَيَكْتَفِي بِالمَوْجُودِ مِنْهُ، وَقِيلَ: إِنْ قُلْنَا: الْإِحْرَامُ شَرْطٌ مَحْضٌ كَالطَّهَارَةِ لِلصَّلَاةِ اكْتَفَى بِالمَوْجُودِ مِنْهُ، وَإِنْ قِيلَ: هُوَ رُكْنٌ لَمْ يَكْتَفِ بِهِ.

⁂

الْقَاعِدَةُ السَّابِعَةَ عَشْرَ بَعْدَ المِائَةِ



كُلُّ عَقْدٍ مُعَلَّقٍ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ حَالَيْنِ، إِذَا وُجِدَ تَعْلِيقُهُ فِي أَحَدِهِمَا وَوُقُوعُهُ فِي الْآخَرِ فَهَلْ يَغْلِبُ عَلَيْهِ جَانِبُ التَّعْلِيقِ أَوْ جَانِبُ الْوُقُوعِ؟

فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَانِ، إِلَّا أَنْ يَقْتَضِيَ اعْتِبَارُ أَحَدِهِمَا إِلَى مَا هُوَ مُمْتَنِعٌ شَرْعًا فَيُلْغَى، وَيَتَفَرَّعُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: الْوَصِيَّةُ لِمَنْ هُوَ فِي الظَّاهِرِ وَارِثٌ، فَيَصِيرُ عِنْدَ الْمَوْتِ غَيْرَ وَارِثٍ، أَوْ بِالْعَكْسِ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّ الِاعْتِبَارَ بِحَالِ الْمَوْتِ، وَلَمْ يَحْكِ الْأَكْثَرُونَ فِيهِ خِلَافًا، فَإِنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْوَرَثَةِ لَا يُمْكِنُ أَنْ تَلْزَمَ، وَالْوَصِيَّةُ لِلْأَجْنَبِيِّ بِالثُّلُثِ فَمَا دُونَ لَا يُمْكِنُ أَنْ تَقِفَ عَلَى الْإِجَازَةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ حَكَى خِلَافًا ضَعِيفًا فِي الِاعْتِبَارِ بِحَالِ الْوَصِيَّةِ كَمَا حَكَى أَبُو بَكْرٍ وَأَبُو الْخَطَّابِ رِوَايَةً أَنَّ الْوَصِيَّةَ فِي حَالِ الصِّحَّةِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَلَا يَصِحُّ عَنْ أَحْمَدَ، وَإِنَّمَا أَرَادَ بِهِ الْعَطِيَّةَ الْمُنْجَزَةَ، كَذَلِكَ قَالَ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ.

وَمِنْهَا: إِذَا عَلَّقَ عِتْقَ عَبْدِهِ فِي صِحَّتِهِ بِشَرْطٍ، فَوُجِدَ فِي مَرَضِهِ، فَهَلْ يُعْتَقُ مِنَ الثُّلُثِ أَوْ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَحَكَى الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ رِوَايَتَيْنِ، وَاخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ وَابْنُ أَبِي مُوسَى أَنَّهُ يُعْتَقُ مِنَ الثُّلُثِ، وَهَذَا إِذَا لَمْ تَكُنِ الصِّفَةُ وَاقِعَةً بِاخْتِيَارِ الْمُعَلِّقِ، فَإِنْ كَانَتْ مِنْ فِعْلِهِ فَهُوَ مِنَ الثُّلُثِ بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَقَدْ نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ أَنَّهُ إِذَا قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ كَذَا وَكَذَا وَإِنْ لَمْ أَخْرُجْ إِلَى

الْبَصْرَةِ، وَقَالَ: لَـمْ تَكُـنْ لِي نِيَّةٌ فِي تَعْجِيلِ ذَلِكَ، فَلَا تَطْلُقُ حَتَّى يَكُونَ فِي وَقْتٍ لَا يَقْدِرُ أَنْ يَخْرُجَ فِيهِ.

وَكَذَلِكَ لَـوْ قَالَ: غُلَامُهُ حُرٌّ إنْ لَـمْ يَفْعَلْ كَذَا وَكَذَا، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ، فَلَا يُعْتَقُ حَتَّى يَكُونَ فِي وَقْتٍ لَا يَقْدِرُ أَنْ يَفعَلَ الَّذِي قَالَ، فَإِذَا طَلُقَتْ وَرِثَتْهُ وَاعْتَدَّتْ، وَإِذَا عتَقَ كَانَ مِنْ ثُلُثِهِ، وَهَكَذَا حُكْمُ مَا إذَا أَعْتَقَ حَمْلَ أَمَتِهِ فِي صِحَّتِهِ، ثُمَّ وَضَعَتْهُ فِي مَرَضِهِ، وَقُلْنَا: لَا يُعْتَقُ الحَمْلُ إلَّا بَعْدَ الْوَضْعِ.

وَمِنْهَا: إذَا عَلَّقَ طَلَاقَ امْرَأَتِهِ فِي صِحَّةٍ عَلَى صِفَةٍ، فَوُجِدَتْ فِي مَرَضِهِ، وَلَمْ يَكُنْ مِنْ فِعْلِهِ، فَهَلْ تَرِثُهُ أَمْ لَا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَالمَنْصُوصُ أَنَّهَا تَرِثُهُ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ وَمُهَنَّا، وَالْأُخْرَى مُخَرَّجَةٌ مِنْ مَسْأَلَةِ قَذْفِهَا فِي الصِّحَّةِ وَمُلَاعَنَتِهَا فِي المَرَضِ.

وَمِنْهَا: إذَا أَوْصَى إلَى فَاسِقٍ وَصَارَ عَدْلًا عِنْدَ المَوْتِ، فَهَلْ تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِنَاءً عَلَى قَوْلِنَا: لَا يَصِحُّ الْإِيصَاءُ إلَى الْفَاسِقِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى لِزَيْدٍ بِدَارٍ، ثُمَّ انْهَدَمَ بَعْضُ بِنَائِهَا قَبْلَ المَوْتِ، فَهَلْ يَدْخُلُ مِلْكُ الْأَنْقَاضِ فِي الْوَصِيَّةِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ. وَكَذَا الْوَجْهَانِ لَوْ زَادَ فِيهَا بِنَاءً لَمْ يَكُنْ حَالَ الْوَصِيَّةِ، ذَكَرَ ذَلِكَ أَبُو الخَطَّابِ.

مِنْهَا: لَوْ قَالَ الْعَبْدُ: مَتَى مَلَكْتُ عَبْدًا فَهُوَ حُرٌّ، وَقُلْنَا: يَصِحُّ هَذَا التَّعْلِيقُ مِنَ الحُرِّ، كَمَا هُوَ المَشْهُورُ مِنَ المَذْهَبِ، ثُمَّ عَتَقَ، ثُمَّ مَلَكَ عَبْدًا، فَهَلْ يُعْتَقُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

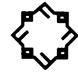
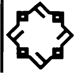
وَلَوْ وَصَّى المُكَاتَبُ بِشَيْءٍ ثُمَّ عتَقَ قَبْلَ مَوْتِهِ، فَهَلْ تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ؟ خَرَّجَهَا الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ الْعَبْدُ لِزَوْجَتِهِ: إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، ثُمَّ عَتَقَ، ثُمَّ دَخَلَتِ الدَّارَ، فَهَلْ تَطْلُقُ ثَلَاثًا أَوِ اثْنَتَيْنِ، حَيْثُ لَمْ يَكُنْ مَالِكًا حَالَ التَّعْلِيقِ لِأَكْثَرَ مِنْهَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

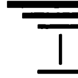
وَمِنْهَا: لَوْ عَلَّقَ طَلَاقَ امْرَأَتِهِ قَبْلَ الدُّخُولِ عَلَى قُدُومِ زَيْدٍ مَثَلًا، ثُمَّ دَخَلَ بِهَا، ثُمَّ قَدِمَ زَيْدٌ وَهِيَ حَائِضٌ، فَإِنَّهُ يَقَعُ الطَّلَاقُ بِدْعِيًّا، لَا بِمَعْنَى الْإِثْمِ بِهِ، بَلْ بِمَعْنَى أَمْرِهِ بِالْمُرَاجَعَةِ فِيهِ، وَلَوْ كَانَ قَدْ عَلَّقَ طَلَاقًا أَوْ غَيْرَهُ عَلَى طَلَاقِ الْبِدْعَةِ تَرَتَّبَ عَلَيْهِ، وَلَمْ يَحْكِ الْأَصْحَابُ فِيهِ خِلَافًا.

وَلَوْ قَالَ: إنْ قُمْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَقَامَتْ وَهِيَ حَائِضٌ، فَهَلْ يَكُونُ بِدْعِيًّا؟ قَالَ فِي رِعَايَةِ الِانْتِصَارِ: مُبَاحٌ، وَفِي التَّرْغِيبِ: بِدْعِيٌّ؛ لِقَصْدِهَا لُزُومَ رَجْعَتِهَا بِقِيَامِهَا، بِخِلَافِ قُدُومِ زَيْدٍ؛ لِعَدَمِ قَصْدِهَا فِيهِ.



الْقَاعِدَةُ الثَّامِنَةَ عشر بَعْدَ المِائَةِ






تَعْلِيقُ فَسْخِ الْعَقْدِ وَإِبْطَالِهِ لِوُجُودِهِ إنْ كَانَ فِيهِ مَقْصُودٌ مُعْتَبَرٌ شَرْعًا صَحَّ، وَإِلَّا لَمْ يَصِحَّ؛ إذْ لَوْ صَحَّ لَصَارَ الْعَقْدُ غَيْرَ مَقْصُودٍ فِي نَفْسِهِ، هَذَا مُقْتَضَى قَوَاعِدِ المَذْهَبِ، وَيَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: إذَا عَلَّقَ الطَّلَاقَ بِالنِّكَاحِ، فَالمَذْهَبُ المَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يُقْصَدُ لِلطَّلَاقِ عَقِيبَ الْعَقْدِ.

وَاخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ عَنْهُ فِيمَنْ حلَفَ لِزَوْجَتِهِ أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا بِتَعْلِيقِ طَلَاقِ مَنْ يَتَزَوَّجُهَا عَلَيْهِ بِنِكَاحِهَا، هَلْ يَصِحُّ أَمْ لا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ؛ لِأَنَّ هَذَا فِيهِ حَقٌّ لِلزَّوْجَةِ، فَيَصِيرُ مَقْصُودًا، كَمَا لَوْ شَرَطَ أَنْ لا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا، فَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ خَصَّ الخِلَافَ بِهَذِهِ الصُّورَةِ، وَلَمْ يُخَرِّجْ، وَمِنْهُمْ مَنْ خَرَّجَ فِي الْكُلِّ رِوَايَتَيْنِ، هَذَا كُلُّهُ إذَا لَمْ تَكُنْ حَالَةُ التَّعْلِيقِ فِي نِكَاحِهِ.

فَإِنْ كَانَتْ فِي نِكَاحِهِ حِينَئِذٍ وَعَلَّقَ طَلَاقَهَا عَلَى نِكَاحِ آخَرَ يُوجَدُ، فَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ وَغَيْرِهِ عَلَى أَنَّهُ يَصِحُّ هَذَا التَّعْلِيقُ، وَحَكَاهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ عَنْ أَبِي بَكْرٍ، وَرَجَّحَهُ ابْنُ عَقِيلٍ؛ لِأَنَّ التَّعْلِيقَ هُنَا فِي نِكَاحٍ، وَمِنْ أَصْلِنَا أَنَّ الصِّفَةَ الْمُطْلَقَةَ تَتَنَاوَلُ جَمِيعَ الْأَنْكِحَةِ بِإِطْلَاقِهَا، وَتَعُودُ الصِّفَةُ فِيهَا، فَكَيْفَ إذَا قُيِّدَتْ بِنِكَاحٍ مُعَيَّنٍ.

وَلَوْ عَلَّقَهُ فِي مِلْكِ يَمِينِهِ لِأَمَتِهِ عَلَى نِكَاحِهَا بَعْدَ عِتْقِهَا، فَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ هَانِئٍ عَلَى أَنَّهُ يَصِحُّ، مُعَلِّلًا بِأَنَّ مِلْكَ الْيَمِينِ كَالنِّكَاحِ فِي اسْتِبَاحَتِهِ الْوَطْءَ، فَلَا يَكُونُ التَّعْلِيقُ كَتَعْلِيقِ نِكَاحِ الْأَجْنَبِيَّةِ.

وَكَذَلِكَ نَصَّ فِيمَنْ أَعْتَقَ أَمَتَهُ، ثُمَّ قَالَ لَهَا مُتَّصِلًا بِعِتْقِهَا: إِنْ نَكَحْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ، أَنَّهُ يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ فِي هَذِهِ الحَالَةِ يَمْلِكُ عَقْدَ النِّكَاحِ عَلَيْهَا قَهْرًا، فَلَمْ يَنْقَطِعْ آثَارُ المِلْكِ فِيهِ بِالْكُلِّيَّةِ، فَلِذَلِكَ انْعَقَدَتْ فِيهِ الصِّفَةُ.

وَمِنْهَا: تَعْلِيقُ الْعِتْقِ بِالمِلْكِ، وَالمَذْهَبُ المَنْصُوصُ صِحَّتُهُ؛ لِأَنَّ المِلْكَ يُرَادُ لِلْعِتْقِ، وَيَكُونُ مَقْصُودًا، كَمَا فِي شِرَاءِ ذِي الرَّحِمِ وَغَيْرِهِ، وَالخَلَّالُ وَصَاحِبُهُ لَا يُثْبِتَانِ فِي المَذْهَبِ فِي ذَلِكَ خِلَافًا، وَابْنُ حَامِدٍ وَالْقَاضِي يَحْكِيَانِ فِي ذَلِكَ رِوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: تَعْلِيقُ النَّذْرِ بِالمِلْكِ، مِثْلُ: إِنْ رَزَقَنِي اللهُ مَالًا فَلِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَتَصَدَّقَ بِهِ أَوْ بِشَيْءٍ مِنْهُ، فَيَصِحُّ، وَنَقَلَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ عَلَيْهِ الِاتِّفَاقَ، وَقَدْ دَلَّ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿ وَمِنْهُم مَّنْ عَٰهَدَ ٱللَّهَ لَئِنْ ءَاتَىٰنَا مِن فَضْلِهِۦ لَنَصَّدَّقَنَّ ﴾ [التوبة: ٧٥] الْآيَاتِ.

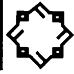
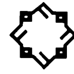
وَمِنْهَا: تَعْلِيقُ فَسْخِ الْوَكَالَةِ عَلَى وُجُودِهَا، أَوْ تَعْلِيقُ الْوَكَالَةِ عَلَى فَسْخِهَا، كَالْوَكَالَةِ الدَّوْرِيَّةِ، وَقَدْ ذَكَرَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ أَنَّ قِيَاسَ المَذْهَبِ صِحَّةُ ذَلِكَ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْوَكَالَةَ قَابِلَةٌ لِلتَّعْلِيقِ عِنْدَنَا، وَكَذَلِكَ فَسْخُهَا، وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى أَنْ تَصِيرَ الْعُقُودُ الجَائِزَةُ لَازِمَةً، وَذَلِكَ تَغْيِيرٌ لِقَاعِدَةِ الشَّرْعِ، وَلَيْسَ مَقْصُودُ المُعَلِّقِ إِيقَاعَ الْفَسْخِ وَإِنَّمَا قَصْدُهُ الِامْتِنَاعُ مِنَ التَّوْكِيلِ وَحَلُّهُ قَبْلَ وُقُوعِهِ، وَالْعُقُودُ لَا تَنْفَسِخُ قَبْلَ انْعِقَادِهَا.

وَمِنْهَا: تَعَلُّقُ فَسْخِ الْبَيْعِ بِالْإِقَالَةِ عَلَى وُجُودِ الْبَيْعِ، أَوْ تَعْلِيقُ فَسْخِ النِّكَاحِ بِالْعَيْبِ عَلَى وُجُودِ النِّكَاحِ، وَقَدْ صَرَّحَ الْأَصْحَابُ بِبُطْلَانِ ذَلِكَ، مِنْهُمُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَأَبُو الخَطَّابِ مُعَلِّلِينَ بِأَنَّهُ وَقَعَ الْعَقْدُ قَبْلَ عَقْدِهِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يُعَلِّلُ بِأَنَّ الْفُسُوخَ لَا تَقْبَلُ التَّعْلِيقَ.

وَقَدْ صَرَّحَ كَثِيرٌ مِنْهُمْ، كَالْقَاضِي وَأَبِي الخَطَّابِ وَابْنِ عَقِيلٍ وَصَاحِبِ الْمُغْنِي، بِهَذَا الْمَأْخَذِ، وَهُوَ مُخَالِفٌ لِمَا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي مَسْأَلَةِ: إِنْ جِئْتَنِي بِالثَّمَنِ إِلَى كَذَا وَكَذَا وَإِلَّا فَلَا بَيْعَ بَيْنَنَا، أَنَّهُ يَصِحُّ، وَيَكُونُ تَعَلُّقًا لِلْفَسْخِ عَلَى شَرْطٍ، وَقَدْ صَرَّحَ الْقَاضِي فِي جَوَازِهِ فِي الْبَيْعِ، خَاصَّةً فِي خِلَافِهِ، وَمِنَ الْمُتَأَخِّرِينَ مَنْ صَرَّحَ بِهِ فِي فَسْخِ الْإِجَارَةِ أَيْضًا.

وَمِنْهَا: تَعْلِيقُ فَسْخِ التَّدْبِيرِ بِوُجُودِهِ، وَصَرَّحَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ بِامْتِنَاعِهِ فِيمَا إِذَا قَالَ لِأَمَتِهِ الْمُدَبَّرَةِ: كُلَّمَا وَلَدْتِ وَلَدًا فَقَدْ رَجَعْتُ فِي تَدْبِيرِهِ، فَقَالَ: لَا يَكُونُ رُجُوعًا؛ لِأَنَّ الرُّجُوعَ إِنَّمَا يَصِحُّ فِي تَدْبِيرٍ مَوْجُودٍ، هَذَا بَعْدُ مَا خُلِقَ، فَكَيْفَ يَكُونُ رُجُوعًا؟ كَمَا لَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ: مَتَى دَبَّرْتُكَ فَقَدْ رَجَعْتُ. لَمْ يَصِحَّ. هَذَا لَفْظُهُ.

⌘ ⌑ ⌘

الْقَاعِدَةُ التَّاسِعَةَ عَشَرَ بَعْدَ المِائَةِ



إِذَا وَجَدْنَا لَفْظًا عَامًّا قَدْ خُصَّ بَعْضُ أَفْرَادِهِ بِحُكْمٍ مُوَافِقٍ لِلْأَوَّلِ، أَوْ مُخَالِفٍ لَهُ، فَهَلْ يُقْضَى بِخُرُوجِ الخَاصِّ مِنَ الْعَامِّ وَانْفِرَادِهِ بِحُكْمِهِ الْمُخْتَصِّ بِهِ، أَوْ يُقْضَى بِدُخُولِهِ فِيهِ، فَيَتَعَارَضَانِ مَعَ اخْتِلَافِ الحُكْمِ، وَيَتَعَدَّدُ سَبَبُ الِاسْتِحْقَاقِ مَعَ إِبْقَائِهِ؟ هَذَا عَلَى قِسْمَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ الخَاصُّ وَالْعَامُّ فِي كَلَامٍ وَاحِدٍ مُتَّصِلٍ، فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُفْرَدُ الخَاصُّ بِحُكْمِهِ وَلَا يُقْضَى بِدُخُولِهِ فِي الْعَامِّ، وَسَوَاءٌ إِنْ كَانَ ذَلِكَ الحُكْمُ مِمَّا يُمْكِنُ الرُّجُوعُ عَنْهُ كَالْوَصَايَا، أَوْ لَا يُمْكِنُ كَالْإِقْرَارِ، وَيَتَفَرَّعُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: لَوْ قَالَ: هَذِهِ الدَّارُ لِزَيْدٍ وَلِي مِنْهَا هَذَا الْبَيْتُ؛ قُبِلَ، وَلَمْ يَدْخُلِ الْبَيْتُ فِي الْإِقْرَارِ، صَرَّحَ بِهِ الْأَصْحَابُ، وَيَجِيءُ عَلَى هَذَا اخْتِيَارُ ابْنِ عَقِيلٍ فِي مَسْأَلَةِ: كَانَ لَهُ عَلَيَّ.

وَقَضِيَّتُهُ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ مِنْهُ فِي الْقَضَاءِ أَنْ لَا يَقْبَلَ هَاهُنَا أَفْرَادَ الْبَيْتِ؛ لِأَنَّ مَأْخَذَهُ أَنَّ المَعْطُوفَ بِالْوَاوِ جُمْلَةٌ مُسْتَقِلَّةٌ غَيْرُ مُرْتَبِطَةٍ بِمَا قَبْلَهَا، فَهِيَ دَعْوَى مُسْتَقِلَّةٌ، كَمَا قَالُوا فِي قَوْلِهِ: «أَنْتِ طَالِقٌ وَعَلَيْكِ أَلْفٌ»: إِنَّهَا تَطْلُقُ بِغَيْرِ عِوَضٍ، بِخِلَافِ الِاسْتِثْنَاءِ وَالصِّفَاتِ، فَإِنَّهَا مَعَ مَا قَبْلَهَا شَيْءٌ وَاحِدٌ، وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ، وَأَنَّ المَعْطُوفَ بِالْوَاوِ مَعَ المَعْطُوفِ عَلَيْهِ فِي حُكْمِ الجُمْلَةِ الْوَاحِدَةِ، وَهُوَ المَنْصُوصُ

عَنْ أَحْمَدَ، وَأَمَّا «أَنْتِ طَالِقٌ وَعَلَيْكِ أَلْفٌ» فَفِيهَا رِوَايَتَانِ، وَمَأْخَذُ الْوُقُوعِ بِغَيْرِ عِوَضٍ مَا ذَكَرُوهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى لِزَيْدٍ بِشَيْءٍ وَلِلْمَسَاكِينِ بِشَيْءٍ وَهُوَ مِسْكِينٌ، فَإِنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ مَعَ الْمَسَاكِينِ مِنْ نَصِيبِهِمْ شَيْئًا، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ هَانِئٍ وَعَلِيِّ بْنِ سَعِيدٍ، وَنَقَلَ الْقَاضِي فِيمَا قَرَأْتُهُ بِخَطِّهِ الِاتِّفَاقَ عَلَى أَنَّ زَيْدًا لَا يَسْتَحِقُّ مِنْ وَصِيَّةِ الْمَسَاكِينِ فِي مِثْلِ هَذِهِ الصُّورَةِ، وَإِنْ كَانَ مِسْكِينًا، مَعَ أَنَّ ابْنَ عَقِيلٍ فِي فُنُونِهِ حَكَى عَنْهُ أَنَّهُ خَرَّجَ وَجْهًا آخَرَ بِمُشَارَكَتِهِمْ إِذَا كَانَ مِسْكِينًا.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى لِزَيْدٍ بِخَاتَمٍ وَبِفَصِّهِ لِآخَرَ، أَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِعَبْدٍ وَبِمَنَافِعِهِ لِآخَرَ، أَوْ لِأَحَدِهِمَا بِالدَّارِ وَلِآخَرَ بِسُكْنَاهَا، وَنَحْوِ ذَلِكَ، بِلَفْظٍ لَا يَقْتَضِي انْفِرَادَ كُلِّ وَاحِدٍ بِمَا وَصَّى لَهُ بِهِ صَرِيحًا، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ فِي الشَّافِي: لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا وَصَّى لَهُ بِهِ لَا يُشَارِكُهُ الْآخَرُ فِيهِ، وَحَمَلَهُ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ عَلَى أَنَّهُ كَانَ فِي كَلَامٍ وَاحِدٍ مُتَّصِلٍ، وَأَخَذَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الْإِقْرَارِ السَّابِقَةِ، وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ هَاهُنَا التَّوَقُّفُ.

قَالَ مُهَنَّا: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللهِ عَنْ رَجُلٍ أَوْصَى بِعَبْدٍ لِرَجُلٍ، ثُمَّ أَوْصَى بِهِ لِآخَرَ، قَالَ: هَذِهِ مُشْكِلَةٌ، فَقُلْتُ لَهُ: فَإِنَّ نَاسًا يَقُولُونَ: يَكُونُ الْعَبْدُ بَيْنَهُمْ نِصْفَيْنِ، قَالَ: لَا، فَقُلْت لَهُ: فَإِنْ أَوْصَى بِدَارٍ لِرَجُلٍ وَأَوْصَى بِغَلَّتِهَا لِآخَرَ، فَقَالَ: هَذِهِ مِثْلُ تِلْكَ، فَقُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللهِ: إِنَّهُ أَوْصَى بِخَاتَمِهِ لِرَجُلٍ وَأَوْصَى بِالْفَصِّ لِآخَرَ، فَقَالَ: وَهَذِهِ أَيْضًا مِثْلُ تِلْكَ. وَلَمْ يُخْبِرْنِي فِيهِمْ بِشَيْءٍ، فَتَوَقَّفَ فِي الْمَسْأَلَةِ، وَأَنْكَرَ قَوْلَ مَنْ قَالَ بِالِاشْتِرَاكِ فِي الْعَبْدِ إِذَا أَوْصَى بِهِ لِاثْنَيْنِ، وَجَعَلَ حُكْمَ الْوَصِيَّةِ

بِالدَّارِ وَغَلَّتِهَا وَالخَاتَمِ وَفَصِّهِ حُكْمَ الْوَصِيَّةِ بِعَبْدٍ لِاثْنَيْنِ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَا اشْتِرَاكَ فِي الْفَصِّ وَالْغَلَّةِ.

وَظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّهُ يَكُونُ لِلْمُوصَى لَهُ بِهِ بِخُصُوصِهِ، لَكِنَّ هَذَا قَدْ يَكُونُ مَأْخَذُهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ الثَّانِيَةَ رُجُوعٌ عَنِ الْأُولَى، كَمَا أَشْعَرَ بِهِ كَلَامُهُ فِي الْعَبْدِ، وَالْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِعَيْنٍ مَرَّةً لِرَجُلٍ وَمَرَّةً لِغَيْرِهِ لَا يَكُونُ رُجُوعًا، بَلْ يَشْتَرِكَانِ فِيهَا، كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الْوَصِيَّةِ بِالْأَجْزَاءِ الْمَنْسُوبَةِ كَالثُّلُثِ وَنَحْوِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِثُلُثِهِ، وَوَصَّى لِآخَرَ بِقَدْرٍ مِنْهُ، قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الحَسَنِ بْنِ ثَوَابٍ فِي رَجُلٍ قَالَ: ثُلُثِي هَذَا لِفُلَانٍ، وَيُعْطَى فُلَانٌ مِنْهُ مِائَةَ دِرْهَمٍ فِي كُلِّ شَهْرٍ إِلَى أَنْ يَمُوتَ، قَالَ: هُوَ لِلْآخِرِ مِنْهُمَا، قِيلَ: كَيْفَ؟ قَالَ: لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ رَجَعَتْ إِلَى الَّذِي قَالَ، وَيُعْطَى هَذَا مِنْهُ كُلَّ شَهْرٍ، وَإِذَا مَاتَ هَذَا أَوْ فَضَلَ شَيْءٌ يُرَدُّ إِلَى صَاحِبِ الثُّلُثِ، هَذِهِ الرِّوَايَةُ تَدُلُّ عَلَى تَقَدُّمِ الْوَصِيَّةِ بِالْمُقَدَّرِ عَلَى الْوَصِيَّةِ بِالجُزْءِ المَنْسُوبِ؛ لِأَنَّهُمَا كَالخَاصَّةِ وَالْعَامَّةِ.

وَكَتَبَ الْقَاضِي بِخَطِّهِ عَلَى حَاشِيَةِ الجَامِعِ لِلْخَلَّالِ: ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّ الْوَصِيَّةَ الثَّانِيَةَ تَقْتَضِي الرُّجُوعَ عَنِ الْأُولَى؛ لِأَنَّ الثَّانِيَةَ تَسْتَغْرِقُ جَمِيعَ الْمَالِ؛ إِذِ الْعُمُرُ لَيْسَ لَهُ حَدٌّ مَعْرُوفٌ.

قَالَ: وَقَدْ قِيلَ: لَا يَكُونُ رُجُوعًا وَيُقَسَّمُ الثُّلُثُ عَلَى أَرْبَعَةٍ؛ لِلْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ سَهْمٌ، وَثَلَاثَةٌ لِلْآخَرِ، كَمَا لَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِمَالِهِ وَلِآخَرَ بِثُلُثِهِ. انْتَهَى.

وَكِلَا الْوَجْهَيْنِ المَذْكُورَيْنِ فِيهِمَا ضَعْفٌ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ رَدَّ الْفَضْلَ عَنِ النَّفَقَةِ إِلَى الْأَوَّلِ، وَهَذَا يُبْطِلُ أَنَّهُ رُجُوعٌ، وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلثَّانِي إِنَّمَا هِيَ مِنَ الثُّلُثِ،

فَكَيْفَ تكُونُ وَصِيَّةً بِالمَالِ كُلِّهِ، فَتَعَيَّنَ حَمْلُهَا عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ أَوَّلًا.

فَأَمَّا المَسْأَلَةُ الَّتِي ذَكَرَهَا الخِرَقِيُّ فِي كِتَابِهِ، وَهِيَ إِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمُعَيَّنٍ مِنْ مَالِهِ كَعَبْدٍ وَلِآخَرَ، وَتَبِعَهُ بِجُزْءٍ مُشَاعٍ مِنْهُ كَالثُّلُثِ، أَنَّ الْوَصِيَّتَيْنِ يَزْدَحِمَانِ فِي الْمُعَيَّنِ مَعَ الْإِجَازَةِ، كَمَا لَوْ وَصَّى بِهِ لِاثْنَيْنِ، وَتَبِعَهُ عَلَى ذَلِكَ ابْنُ حَامِدٍ وَالْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ، فَهَذَا قَدْ يُحْمَلُ عَلَى مَا إِذَا كَانَتِ الْوَصِيَّتَانِ فِي وَقْتَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، وَلَا إِشْكَالَ عَلَى هَذَا، وَإِنْ حُمِلَ عَلَى إِطْلَاقِهِ، وَهُوَ الَّذِي اقْتَضَاهُ كَلَامُ الْأَكْثَرِينَ فَهُوَ وَجْهٌ آخَرُ، وَنُصُوصُ أَحْمَدَ وَأُصُولُهُ تُخَالِفُهُ، كَنَصِّهِ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا فِي الْوَصِيَّةِ بِالْعَبْدِ لِاثْنَيْنِ، وَنَصِّهِ عَلَى أَنَّ مَنْ وَصَّى لِزَيْدٍ بِشَيْءٍ وَلِجِيرَانِهِ بِشَيْءٍ، وَزَيْدٌ مِنْ جِيرَانِهِ، أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ مِنَ الْوَصِيَّةِ لِلْجِيرَانِ شَيْئًا، وَقَدْ ذَكَرَ ابْنُ حَامِدٍ أَنَّ الْأَصْحَابَ اسْتَشْكَلُوا مَسْأَلَةَ الخِرَقِيِّ، وَأَنْكَرُوهَا عَلَيْهِ، وَنَسَبُوهُ إِلَى التَّفَرُّدِ بِهَا.

الْقِسْمُ الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ الخَاصُّ وَالْعَامُّ فِي كَلَامَيْنِ مُنْفَرِدَيْنِ؛ فَهَاهُنَا حَالَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنْ يَكُونَ الْمُتَكَلِّمُ بِهَا لَا يُمْكِنُهُ الرُّجُوعُ عَنْ كَلَامِهِ، وَلَا يُقْبَلُ مِنْهُ، كَالْأَقَارِيرِ وَالشَّهَادَاتِ وَالْعُقُودِ، فَيَقَعُ التَّعَارُضُ فِي الشَّهَادَاتِ، وَلَا يَكُونُ الْإِقْرَارُ الثَّانِي وَلَا الْعَقْدُ الثَّانِي رُجُوعًا عَنِ الْأَوَّلِ، هَكَذَا ذَكَرَهُ غَيْرُ وَاحِدٍ [مِنَ] الْمُتَأَخِّرِينَ، مَعَ أَنَّ كَلَامَ أَحْمَدَ وَأَبِي بَكْرٍ عَبْدِ الْعَزِيزِ فِي أَنَّ الخَاصَّ لَا يَدْخُلُ فِي الْعَامِّ لَيْسَ فِيهِ تَفْصِيلٌ بَيْنَ الْكَلَامِ الْوَاحِدِ وَغَيْرِهِ.

وَقَدْ يُقَالُ: إِنَّ الخَاصَّ لَا يَدْخُلُ فِي الْعَامِّ مُطْلَقًا، وَيَكُونُ تَخْصِيصُهُ بِالذِّكْرِ قَرِينَةً مُخْرِجَةً مِنَ الْعُمُومِ، مَا لَمْ يُعَارِضْ ذَلِكَ قَرِينَةٌ تَقْتَضِي دُخُولَهُ فِيهِ، وَعَلَى تَقْدِيرِ دُخُولِهِ فِيهِ بِقَرِينَةٍ أَوْ مُطْلَقًا فَإِذَا تَعَارَضَ دَلَالَةُ الْعَامِّ وَدَلَالَةُ الخَاصِّ فِي شَيْءٍ فَهَلْ

تُرَجَّحُ دَلَالَةُ الخَاصِّ أَمْ يَتَسَاوَيَانِ؟ ذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الْوَاضِحِ أَنَّهُمَا يَتَسَاوَيَانِ، وَذَكَرَ أَبُو الخَطَّابِ فِي التَّمْهِيدِ أَنَّهُ يُقَدَّمُ دَلَالَةُ الخَاصِّ، وَهَذَا هُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ أَيْضًا وَالْأَصْحَابُ كُلُّهُمْ فِي مَسْأَلَةِ تَخْصِيصِ الْقُرْآنِ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ، وَفِي مَسْأَلَةِ تَقْدِيمِ الخَاصِّ عَلَى الْعَامِّ عِنْدَ التَّعَارُضِ وَإِنْ عَلِمَ تَقَدُّمَ الخَاصِّ، حَتَّى قَالَ أَبُو الخَطَّابِ وَغَيْرُهُ: لَا يَجُوزُ أَنْ يَنْسَخَ الْعَامُّ الخَاصَّ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُسَاوٍ لَهُ.

وَالحَالَةُ الثَّانِيَةُ: أَنْ يَكُونَ الرُّجُوعُ مُمْكِنًا؛ كَالْوَصِيَّةِ وَعَزْلِ الإِمَامِ لِمَنْ يُمْكِنُهُ عَزْلُهُ وَوِلَايَتُهُ، فَهَذَا يُشْبِهُ تَعَارُضَ الْعَامِّ والخَاصّ فِي كَلَامِ الشَّارِعِ فِي الْأَحْكَامِ، وَفِي ذَلِكَ ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ:

أَشْهَرُهُنَّ: تَقْدِيمُ الخَاصِّ مُطْلَقًا، وَتَخْصِيصُ الْعُمُومِ بِهِ، سَوَاءٌ جَهِلَ التَّارِيخَ أَوْ عَلِمَ.

وَالثَّانِيَة: إِنْ جَهِلَ التَّارِيخَ فَكَذَلِكَ، وَإِلَّا قُدِّمَ الْمُتَأَخِّرُ مِنْهُمَا.

وَالثَّالِثَةُ: إِنْ عَلِمَ التَّارِيخَ عُمِلَ بِالْمُتَأَخِّرِ، وَإِنْ جَهِلَ تَعَارَضَا.

وَيَتَّصِلُ بِهَذِهِ الْقَاعِدَةِ قَاعِدَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: إِذَا اجْتَمَعَ فِي شَخْصٍ اسْتِحْقَاقٌ بِجِهَةٍ خَاصَّةٍ؛ كَوَصِيَّةٍ مُعَيَّنَةٍ وَمِيرَاثٍ، وَاسْتِحْقَاقٌ بِجِهَةٍ عَامَّةٍ؛ كَالْفَقْرِ وَالْمَسْكَنَةِ، فَإِنَّهُ لَا يَأْخُذُ إِلَّا بِالجِهَةِ الخَاصَّةِ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ.

وَيَتَفَرَّعُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: إِذَا وَصَّى لِزَيْدٍ بِشَيْءٍ وَلِجِيرَانِهِ بِشَيْءٍ، وَهُوَ مِنَ الجِيرَانِ، فَإِنَّهُ لَا يُعْطَى مِنْ نَصِيبِ الجِيرَانِ.

وَمِنْهَا: إِذَا وَصَّى لِزَيْدٍ بِشَيْءٍ، وَلِلْفُقَرَاءِ بِشَيْءٍ، وَزَيْدٌ فَقِيرٌ؛ فإنه لَا يُعْطى مِنْ نَصِيبِ الْفُقَرَاءِ شَيْئًا، نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى الصُّورَتَيْنِ، وَخَرَّجَ الْقَاضِي فِيمَا نَقَلَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُنُونِهِ الِاسْتِحْقَاقَ بِجِهَةِ الْفُقَرَاءِ وَالجِوَارِ، كَمَا يَسْتَحِقُّ عَامِلُ الزَّكَاةِ الْأَخْذَ بِجِهَةِ الْفَقْرِ مَعَ الْعِمَالَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى لِأَقَارِبِهِ بِشَيْءٍ، وَوَصَّى أَنْ يُكَفَّرَ عَنْهُ بِأَيْمَانٍ، فَلَا يُعْطَى مِنَ الْكَفَّارَةِ مَنْ أَخَذَ مِنَ الْوَصِيَّةِ مِنَ الْأَقَارِبِ، نَصَّ عَلَى ذَلِكَ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى لِلْفُقَرَاءِ وَوَرَثَتُهُ فُقَرَاءُ؛ لَمْ يَجُزْ لَهُمُ الْأَخْذُ مِنَ الْوَصِيَّةِ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ، وَقَالَ: الْوَارِثُ لَا يضربُ فِي الْمَالِ مَرَّتَيْنِ، عَلَى أَنَّ الْوَارِثَ لَا يَحُجُّ عَنِ الْمَيِّتِ وَيَأْخُذُ الْوَصِيَّةَ، وَحَمَلَهُ الْقَاضِي عَلَى مَنْعِهِ مِنْ أَخْذِ الزَّائِدِ عَنْ نَفَقَةِ الْمِثْلِ، فَأَمَّا نَفَقَةُ الْمِثْلِ فَيَجُوزُ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ.

الْقَاعِدَةُ الثَّانِيَة: إِذَا اجْتَمَعَتْ صِفَاتٌ فِي عَيْنٍ، فَهَلْ يَتَعَدَّدُ الِاسْتِحْقَاقُ بِهَا كَالْأَعْيَانِ الْمُتَعَدِّدَةِ؟

الْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّهَا كَالْأَعْيَانِ فِي تَعَدُّدِ الِاسْتِحْقَاقِ، وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ ذَلِكَ صُوَرٌ:

مِنْهَا: الْأَخْذُ مِنَ الزَّكَاةِ بِالْفَقْرِ وَالْغُرْمِ وَالْغَزْوِ وَنَحْوِهِ.

وَمِنْهَا: الْأَخْذُ مِنَ الْخُمُسِ بِأَوْصَافٍ مُتَعَدِّدَةٍ.

وَمِنْهَا: الْأَخْذُ مِنَ الصَّدَقَاتِ الْمَنْذُورَةِ وَالْفَيْءِ وَالْوُقُوفِ.

وَمِنْهَا: الْمَوَارِيثُ بِأَسْبَابٍ مُتَعَدِّدَةٍ؛ كَالزَّوْجِ ابْنِ عَمٍّ وَابْنِ الْعَمِّ إِذَا كَانَ أَخًا

لِأُمٍّ بِالِاتِّفَاقِ، وَكَذَلِكَ الجَدَّاتُ المُدْلِيَاتُ بِقَرَابَتَيْنِ، وَالْأَرْحَامُ وَالمَجُوسُ وَنَحْوُهُمْ مِمَّنْ يُدْلِي بِنَسَبَيْنِ، فَإِنَّهُمْ يَرِثُونَ بِالجَمِيعِ؛ عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ المَذْهَبِ.

وَمِنْهَا: فِي تَعْلِيقِ الطَّلَاقِ، كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ كَلَّمْتِ رَجُلًا فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَإِنْ كَلَّمْتِ فَقِيهًا فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَإِنْ كَلَّمْتِ أَسْوَدَ فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَكَلَّمَتْ رَجُلًا فَقِيهًا أَسْوَدَ: طَلُقَتْ ثَلَاثًا.

وَكَذَا لَوْ قَالَ: إِنْ وَلَدْتِ وَلَدًا فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَإِنْ وَلَدْتِ أُنْثَى فَأَنت طَالِقٌ، فَوَلَدَتْ أُنْثَى: طَلُقَتْ طَلْقَتَيْنِ.

وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: لَا تَطْلُقُ إِلَّا طَلْقَةً وَاحِدَةً فِي المَسَائِلِ كُلِّهَا، مَعَ الْإِطْلَاقِ؛ لِأَنَّ الْأَظْهَرَ مِنْ مُرَادِ الحَالِفِ: أَنْتِ طَالِقٌ، سَوَاءٌ وَلَدَتْ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى، وَسَوَاءٌ كَلَّمَتْ رَجُلًا أَوْ فَقِيهًا أَوْ أَسْوَدَ، فَيَنْزِلُ الْإِطْلَاقُ عَلَيْهِ لِاشْتِهَارِهِ فِي الْعُرْفِ، إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ خِلَافَهُ.

وَنَصَّ الْإِمَامُ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِيمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً إِنْ وَلَدْتِ ذَكَرًا، وَطَلْقَتَيْنِ إِنْ وَلَدْتِ أُنْثَى، فَوَلَدَتْ ذَكَرًا وَأُنْثَى، أَنَّهُ عَلَى مَا نَوَى، إِنَّمَا أَرَادَ وِلَادَةً وَاحِدَةً، وَأَنْكَرَ قَوْلَ سُفْيَانَ: إِنَّهُ يَقَعُ عَلَيْهَا، فَالْأَوَّلُ مَا عَلَّق بِهِ وَتَبَيَّنَ بِالثَّانِي وَلَا تَطْلُقُ بِهِ.

وَقَوْلُ سُفْيَانَ وهُوَ الَّذِي عَلَيْهِ أَصْحَابُنَا: أَبُو بَكْرٍ وَأَبُو حَفْصٍ وَالْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ، وَكَذَلِكَ ابْنُ حَامِدٍ، وَزَادَ أَنَّهَا تَطْلُقُ بِالثَّانِي أَيْضًا.

وَالمَنْصُوصُ أَصَحُّ؛ لِأَنَّ الحَالِفَ إِنَّمَا حَلَفَ عَلَى حَمْلٍ وَاحِدٍ وَوِلَادَةٍ وَاحِدَةٍ، وَالْغَالِبُ أَنَّهُ لَا يَكُونُ إِلَّا وَلَدًا وَاحِدًا، لَكِنَّهُ لَـمَّا كَانَ ذَكَرًا مَرَّةً، وَأُنْثَى أُخْرَى،

نَوَّعَ التَّعْلِيقَ عَلَيْهِ، فَإِذَا وَلَدَتْ هَذَا الحَمْلَ ذَكَرًا وَأُنْثَى لَمْ يَقَعْ بِهِ الْمُعَلَّقُ بِالذَّكَرِ وَالْأُنْثَى جَمِيعًا، بَلِ الْمُعَلَّقُ بِأَحَدِهِمَا فَقَطْ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ إِلَّا إِيقَاعَ أَحَدِ الطَّلَاقَيْنِ، وَإِنَّمَا رَدَّدَهُ لِتَرَدُّدِهِ فِي كَوْنِ الْمَوْلُودِ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى، وَيَنْبَغِي أَنْ يَقَعَ أَكْثَرُ الطَّلَاقَيْنِ إِذَا كَانَ الْقَصْدُ تَطْلِيقَهَا بِهَذَا الْوَضْعِ، سَوَاءٌ كَانَ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى، لَكِنَّهُ أَوْقَعَ بِوِلَادَةِ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مِنَ الْآخَرِ، فَيَقَعُ بِهِ أَكْثَرُ الْمُعَلَّقَيْنِ.

تَنْبِيهٌ: إِذَا كَانَتِ الجِهَةُ وَاحِدَةً لَمْ يَتَعَدَّدْ الِاسْتِحْقَاقُ بِتَعَدُّدِ الْأَوْصَافِ الْمُدْلِيَةِ إِلَيْهَا؛ كَالْوَصِيَّةِ لِقَرَابَتِهِ إِذَا أَدْلَى شَخْصٌ بِقَرَابَتَيْنِ، وَالْآخَرُ بِقَرَابَةٍ وَاحِدَةٍ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي الْوَصِيَّةِ لِلْإِخْوَةِ، أَنَّهُ يَسْتَوِي الْإِخْوَةُ لِلْأَبَوَيْنِ وَالْإِخْوَةُ لِلْأَبِ وَالْإِخْوَةُ لِلْأُمِّ؛ لِأَنَّ الْكُلَّ مُشْتَرِكُونَ فِي جِهَةِ الْأُخُوَّةِ، فَلَا عِبْرَةَ بِتَعَدُّدِ الجِهَاتِ الْمُوصِلَةِ إِلَيْهَا.

⁂




الْقَاعِدَةُ الْعِشْرُونَ بَعْدَ المِائَةِ



يُرَجَّحُ ذُو الْقَرَابَتَيْنِ عَلَى ذِي الْقَرَابَةِ الْوَاحِدَةِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ إِحْدَاهُمَا لَـهَا مَدْخَلٌ فِي الِاسْتِحْقَاقِ فِي مَسَائِلَ:

مِنْهَا: فِي الْأَخِ لِلْأَبَوَيْنِ عَلَى الْأَخِ لِلْأَبِ فِي المِيرَاثِ بِالْوَلَاءِ، رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَخَرَّجَ ابْنُ الزَّاغُونِيِّ فِي كِتَابِهِ التَّلْخِيصِ فِي الْفَرَائِضِ رِوَايَةً أُخْرَى بِاشْتِرَاكِهِ فِي مَسْأَلَةِ النِّكَاحِ.

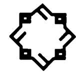
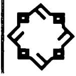
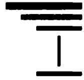
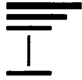
وَمِنْهَا: تَقْدِيمُ الْأَخِ لِلْأَبَوَيْنِ عَلَى الْأَخِ لِلْأَبِ فِي وِلَايَةِ النِّكَاحِ؛ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ، اخْتَارَهَا أَبُو بَكْرٍ، وَرَجَّحَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِي.

وَمِنْهَا: تَقْدِيمُهُ عَلَيْهِ فِي حَمْلِ الْعَاقِلَةِ، وَفِيهِ الرِّوَايَتَانِ.

وَمِنْهَا: تَقْدِيمُهُ عَلَيْهِ فِي الصَّلَاةِ عَلَى الجِنَازَةِ، وَفِيهِ الرِّوَايَتَانِ أَيْضًا.

وَمِنْهَا: فِي الْوَقْفِ الْمُقَدَّمِ فِيهِ بِالْقُرْبِ، وَكَذَلِكَ الْوَصِيَّةُ، فَيَتَرَجَّحُ الْأَخُ لِلْأَبَوَيْنِ عَلَى الْأَخِ لِلْأَبِ، صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ فِي الْوَصِيَّةِ، وَعَلَّلُوا بِأَنَّ الِانْفِرَادَ بِالْقَرَابَةِ كَالتَّقَدُّمِ بِدَرَجَةٍ، وَخَالَفَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ فِي الْوَقْفِ، وَقَالَ: لَا يَرْجِعُ فِيهِ بِالْقَرَابَةِ الْأَجْنَبِيَّةِ عَنِ اسْتِحْقَاقِ الْوَقْفِ.



الْقَاعِدَةُ الحَادِيَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ المِائَةِ



فِي تَخْصِيصِ الْعُمُومِ بِالْعُرْفِ، وَلَهُ صُورَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنْ يَكُونَ قَدْ غَلَبَ اسْتِعْمَالُ الِاسْمِ الْعَامِّ فِي بَعْضِ أَفْرَادِهِ حَتَّى صَارَ حَقِيقَةً عُرْفِيَّةً، فَهَذَا يَخْتَصُّ بِهِ الْعُمُومُ بِغَيْرِ خِلَافٍ.

فَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ شِوَاءً، اخْتَصَّتْ يَمِينُهُ بِاللَّحْمِ المَشْوِيِّ دُونَ الْبَيْضِ وَغَيْرِهِ مِمَّا يُشْوَى، وَكَذَلِكَ لَوْ حَلَفَ عَلَى لَفْظِ الدَّابَّةِ وَالسَّقْفِ وَالسِّرَاجِ وَالْوَتَدِ، لَا يَتَنَاوَلُ إِلَّا مَا يُسَمَّى فِي الْعُرْفِ كَذَلِكَ، دُونَ الْآدَمِيِّ وَالسَّمَاءِ وَالشَّمْسِ وَالجَبَلِ، فَإِنَّ هَذِهِ التَّسْمِيَةَ فِيهَا هُجِرَتْ حَتَّى عَادَتْ مَجَازًا.

الصُّورَةُ الثَّانِيَةُ: أَنْ لَا يَكُونَ كَذَلِكَ، وَهُوَ نَوْعَانِ:

أَحَدُهُمَا: مَا لَا يُطْلَقُ عَلَيْهِ الِاسْمُ الْعَامُّ إِلَّا مُقَيَّدًا بِهِ، وَلَا يُفْرَدُ بِحَالٍ، فَهَذَا لَا يَدْخُلُ فِي الْعُمُومِ بِغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ، فَخِيَارُ شنبر وَتَمْرٌ هِنْدِيٌّ لَا يَدْخُلَانِ فِي مُطْلَقِ الثَّمَرِ وَالخِيَارِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَنَظِيرُهُ مَاءُ الْوَرْدِ لَا يَدْخُلُ فِي اسْمِ المَاءِ المُطْلَقِ[١].

---

[١] إذا قالَ الإنسانُ لَفظًا عامًّا لكـن العُرْف يُخَصِّصُهُ، فهل نَعْتَبِر العُمُومَ أو نَعتبرُ العُرْفَ؟ فإذا اعتبرنا العمومَ أَخَذْنَا بعموم اللَّفظِ، وإذا اعتبرنا العُرْفَ أَخَذْنَا بخُصُوصِ اللَّفظِ، قسم المؤلِّف رَحِمَهُ ٱللَّهُ هذه المسألَةَ إلى قِسمينِ:

القِسم الأوَّل: أنْ يكونَ الأصلُ مَهجورًا، ولا يكاد يُرادُ به العُمُومُ إِلَّا إذا نواهُ الإنسانُ، أو لَفَظَ به، فهنا نَرجِع إلى العُرف؛ لأنَّ الأصلَ مَهجورٌ هَجرًا كاملًا، ومثاله: حَلَفَ أَلَّا يأكلَ شِوَاءً، والشِّواء في العُرْف هو اللَّحم المَشويُّ، ولا مَعنى لِكَلِمَة شِوَاء في العُرْف إِلَّا اللَّحم المَشويّ، لو أَنَّك شَوَيْتَ غيرَ اللَّحم مِن بَيْضٍ أو خُضَر أو خُبْز أو ذُرَة أو غيرِ ذلكَ لم يُعْرَف هذا في العُرْف إطلاقًا، فهنا يُخَصِّص العُمُوم بالعُرْف، فإذا قال: واللهِ لا آكُلُ شِوَاءً، ثُمَّ شَوَى سُنْبُلة مِنَ الحِنْطة أو الذُّرَة وأكلها، لا يَحْنَث؛ لأنَّ العُرفَ اطَّرَدَ في أنَّ المرادَ بالشِّواء اللَّحمُ المَشويُّ.

وكذلك أيضًا لو حلفَ على لَفْظِ الدَّابَّة والسَّقْف والسِّراج والوَتَد، لا يتناول في العُرف إِلَّا كذلك، دون الآدميِّ بالنِّسبَةِ للدابَّة، ودون السماءِ بالنِّسبَةِ للسَّقف، ودون الشَّمس بالنِّسبَة للسِّراج، ودون الجبل بالنِّسبَة للوتدِ.

لو أنَّ رجلًا قال: واللهِ لا أَشْتَرِي سِراجًا، إنما يعني السِّراج المعروفَ، ولا يُمكِن أنْ يشملَ ذلك الشَّمسَ، بل لو قال: واللهِ لا أَستضيء بِضَوْءِ سِراج، ثُمَّ جلسَ في الشَّمسِ فإنه لا يَحْنَث؛ لأنَّ العُرْفَ قد هَجَرَ استعمالَ السِّراجِ في الشَّمسِ، ولا يُعْرَف هذا عند الناسِ، فلو جلس في الشَّمسِ وقال: واللهِ لا أستضيء بضوءِ السراجِ، قلنا: نعم، ليس عليك حِنْثٌ.

ولو قال: واللهِ لا أَسقِي دابَّةً ماءً، فجاءه إنسانٌ عَطْشَانٌ وقال: اسْقِنِي، فسقاهُ، فإنه لا يَحْنَثُ، فإنْ قِيلَ: أليس الآدميُّ دابَّةً؟ قلنا: بَلَى، لكن عُرفًا لا، وإلَّا فهو داخلٌ في عُمُومِ: ﴿وَمَا مِن دَآبَّةٍ فِي ٱلْأَرْضِ إِلَّا عَلَى ٱللَّهِ رِزْقُهَا﴾ [هود: ٦]، لكنَّه عُرفًا لا يُسَمَّى دابَّةً.

كذلك الوتد، لو قال الإنسانُ: واللهِ لا أَنْظُرُ إلى وتدٍ فنظرَ إلى الجبلِ، فإنه لا يَحْنَث، فإن قيل: أليسَ الجبلُ وَتدًا؟ قلنا: بَلَى، ﴿وَٱلْجِبَالَ أَوْتَادًا﴾ [النبأ: ٧]، ولكن العُرْف ليسَ كَذلكَ، العُرْف يَقْتَضِي أنَّ الوتدَ هو العُود الَّذِي يُضْرَب في الجِدار، وأمَّا الجبلُ فلا يُسَمَّى وتدًا.

كذلِكَ السَّقْفُ، قال: واللهِ لا أَجلِس تحتَ سَقفٍ، فجلسَ في مكانٍ بعيدٍ، فإنه لا يَحْنَثُ، فإذا قِيلَ له: أنتَ الآنَ تحتَ السَّقْف، ﴿وَجَعَلْنَا ٱلسَّمَآءَ سَقْفًا مَّحْفُوظًا﴾ [الأنبياء: ٣٢]، قلنا: هذا المعنى للسَّقف مهجورٌ، ولا يُعْرَف عند الناسِ، فصار الآن تخصيصُ العمومِ بالعُرْف، إذا كَانَ هذا العمومُ مَهجورًا فإنَّ تَخْصِيصَهُ ثابتٌ بلا خِلافٍ بينَ أهلِ العلمِ، مُتَّفَقٌ عليه بينَهمْ.

الصُّورة الثَّانِيَة: أَلَّا يكون مَهجورًا، لكن الغالب أَلَّا يُذْكَر إِلَّا مُقَيَّدًا، وإنْ كَانَ لم يُهْجَر بالكُلِّيَّة، لكن إرادته نادِرَةٌ، فهذا أيضًا لا يكونُ العُمُوم شاملًا له، قال المؤلِّف: بغير خِلافٍ نَعْلَمُه، مثل التَّمْر، الآن يوجد شيءٌ يُسَمَّى بالتَّمْر الهِنْدِيّ، لو أنَّ الإنسانَ أطلقَ لفظَ التَّمرِ هل يدخلُ فيه التَّمرُ الهِنْدِيُّ، بالطَّبع لا؛ لأنَّ الأكثرَ أَنَّهُ لا يُقَال إِلَّا مُقَيَّدًا.

كذلك خِيَار شنبر الَّذِي يَقُولُهُ المؤلِّفُ، نحن لا نَعْرِفه، هذا إمَّا نبات أو شيء يُسَمَّى خِيار شنبر، لو أنَّ الإنسانَ أطلقَ لفظَ الخيارِ هل يدخلُ فيه خيار شنبر؟ بالطَّبع لا؛ لأنَّ الأكثرَ أَنَّهُ لا يُقال إِلَّا مُقَيَّدًا.

إذن هذا لا يُعرَفُ عند العامَّة، هذا يقول المؤلف: إنه لا يَدْخُلُ أيضًا.

وَالنَّوْعُ الثَّانِي: مَا يُطْلَقُ عَلَيْهِ الِاسْمُ الْعَامُّ، لَكِنَّ الْأَكْثَرَ أَنْ لَا يُذْكَرَ مَعَهُ إِلَّا بِقَيْدٍ أَوْ قَرِينَةٍ، وَلَا يَكَادُ يُفْهَمُ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ دُخُولُهُ فِيهِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَيَتَفَرَّعُ عَلَيْهِمَا مَسَائِلُ:

مِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الرُّءُوسَ، فَقَالَ الْقَاضِي: يَحْنَثُ بِأَكْلِ كُلِّ مَا يُسَمَّى رَأْسًا مِنْ رُءُوسِ الطُّيُورِ وَالسَّمَكِ، وَنَقَلَهُ فِي مَوْضِعٍ عَنْ أَحْمَدَ، وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ: الْعُرْفُ يُعْتَبَرُ فِي تَعْمِيمِ الخَاصِّ، لَا فِي تَخْصِيصِ الْعَامِّ.

وَقَالَ أَبُو الخَطَّابِ: لَا يَحْنَثُ إِلَّا بِرَأْسٍ يُؤْكَلُ فِي الْعَادَةِ مُفْرَدًا، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنْ خِلَافِهِ أَنَّ يَمِينَهُ تَخْتَصُّ بِمَا يُسَمَّى رَأْسًا عُرْفًا، وَحَكَى ابْنُ الزَّاغُونِيِّ فِي الْإِقْنَاعِ رِوَايَتَيْنِ.

إِحْدَاهُمَا: يَحْنَثُ بِأَكْلِ كُلِّ رَأْسٍ.

وَالثَّانِيَةُ: لَا يَحْنَثُ إِلَّا بِأَكْلِ رَأْسِ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ خَاصَّةً، وَعَزَى الْأُولَى إِلَى الخِرَقِيِّ، وَفِي التَّرْغِيبِ ذَكَرَ الْوَجْهَ الثَّانِي؛ أَنَّهُ لَا يَحْنَثُ إِلَّا بِأَكْلِ رَأْسٍ يُبَاعُ مُفْرَدًا لِلْأَكْلِ عَادَةً. قَالَ: فَإِنْ جَرَتْ عَادَةُ قَوْمٍ بِأَكْلِ رُءُوسِ الظِّبَاءِ حَنِثَ بِهِ فِي ذَلِكَ المَكَانِ، وَفِي غَيْرِهِ وَجْهَانِ مَأْخَذُهُمَا هَلْ الِاعْتِبَارُ بِأَصْلِ الْعَادَةِ أَوْ عَادَةِ الحَالِفِ؟ انْتَهَى[1].

---

[١] لَا شَكَّ أنَّ الصَّحِيحَ العِبْرَة بعادة الحالِفِ؛ لأنَّ الإنسانَ لا يُحمَّل عادةَ قومٍ لا يَعرِفهم، عندنا مثلا الرُّءُوس، يقول: ضَيَّفَنِي فلانٌ ورأيتُ على مائدتِهِ الرُّءُوسَ، يعني بذلك رُءُوسَ الغنَم، فلا يَذْهَب الوَهمُ إلى رأسِ البَعِير أو رأس البقرةِ، ولم تَجْرِ العادةُ بأنَّ رءوسَ الإبلِ تُجْعَل على الموائِدِ، بل الَّذي يُجعَلُ على الموائدِ رُءُوسُ الضَّأنِ أوِ المَعز.

وَمِنْهَا: لَوْ حلَفَ لَا يَأْكُلُ الْبَيْضَ، فَهُوَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ أَيْضًا، فَيَحْنَثُ عِنْدَ الْقَاضِي بِأَكْلِ بَيْضِ السَّمَكِ وَغَيْرِهِ، وَلَا يَحْنَثُ عِنْدَ أَبِي الخَطَّابِ إِلَّا بِأَكْلِ بَيْضٍ يُزَايِلُ بَائِضَهُ فِي حَيَاتِهِ، وَزَعَمَ صَاحِبُ الْكَافِي أَنَّ التَّخْصِيصَ هُنَا إِنَّمَا كَانَ إِضَافَةَ الْأَكْلِ إِلَى الرُّءُوسِ وَالْبَيْضِ، حَيْثُ كَانَتِ الْعَادَةُ تَخُصُّ بَعْضَ أَنْوَاعِهَا، وَظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّهُ لَوْ عَلَّقَ حُكْمًا سِوَى الْأَكْلِ لَعَمَّ بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَفِيهِ نَظَرٌ[١].

وَمِنْهَا: لَوْ حلَفَ لَا يَأْكُلُ اللَّحْمَ فَأَكَلَ لَحْمَ السَّمَكِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ أَيْضًا. وَقَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ: هُوَ عَلَى نِيَّتِهِ.

قَالَ الْقَاضِي: مَعْنَاهُ إِنْ نَوَى لَحْمًا بِعَيْنِهِ لَمْ يَحْنَثْ بِأَكْلِ غَيْرِهِ مَعَ الْإِطْلَاقِ، وَهُوَ قَوْلُ الخِرَقِيِّ، وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى: لَا يَحْنَثُ مَعَ الْإِطْلَاقِ، وَإِنَّمَا يَحْنَثُ بِإِدْخَالِهِ بِالنِّيَّةِ، وَلَعَلَّهُ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ[٢].

---

[١] أَكْلُ البَيْضِ، هل إذا أُطلِق البيضُ يُرادُ به بَيضُ ما يُزايل في العادةِ أو يَشمَل كلَّ بيضٍ؛ كبَيْضِ السَّمَك وبيض الجَرَاد وما أشبهه؟ الجوابُ: الأوَّل، بل إنه حَتَّى الَّذي يزايل عادةً لا يشملُ في عُرْفنا نحن، فالبَيْضُ عِندنا يَخُصُّ بَيضَ الدَّجاج فقطْ، ولا يَخطِرُ ببالِ أحدٍ أنك أردتَ بيضَ الحمامِ أبدًا، لو قلت: إنَّ إنسانًا ضيَّفنا على فطور وأتى بِطَبَقِ بيضٍ، لم يَشْعُرِ الناسُ إلَّا أنه بيضُ دَجاجٍ، ولا يدورُ في خَلَدِهِمْ أنه بَيضُ حَمَام أو سَمَك أو جَرَاد أو ما أشبهَ ذلك، وعلى هذا نَرجِع في هذا إلى العُرْف.

[٢] إذا قال: واللهِ لا آكلُ لحمًا، فهل يَحنَث بِأَكْلِ لحمِ السَّمَك؟

الجواب: فيه وَجهانِ، الإمامُ أحمدُ يقولُ: على نِيَّتِهِ، وهذا معلومٌ أنَّ النِّيَّةَ مُقَدَّمَةٌ

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ بَيْتًا فَدَخَلَ مَسْجِدًا أَوْ حَمَّامًا، فَالْمَنْصُوصُ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا أَنَّهُ يَحْنَثُ، وَأَنَّهُ لَا يُرْجَعُ فِي ذَلِكَ إِلَى نِيَّةٍ، وَاسْتَدَلَّ بِأَنَّ الْمَسْجِدَ وَالْحَمَّامَ يُسَمَّى بَيْتًا بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ، وَهَذَا يُخَالِفُ نَصَّهُ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ فِي لَحْمِ السَّمَكِ، فَيُخَرَّجُ لَهُ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ رِوَايَتَانِ[1].

على كُلِّ شيءٍ، إذا كَانَ اللَّفظُ يَحتمِل، لكن إذا كَانَ أَطْلَق فهل نقول: لا يأكُل لحمَ السَّمَك إِلَّا بالنِّيَّة، أو نقول: لا يخرجُ إِلَّا بنيَّة؟

اختلف الأصحابُ في ذلك، منهم مَن قالَ: لا يخرج إِلَّا بنيَّة، فيكون داخلًا، ومِنْهُم مَن قال: لا يدخلُ إِلَّا بنيَّة فيكون خارجًا.

ولو قال قائلٌ: إنْ كَانَ هذا الحال من أهلِ الشَّواطئ دخلَ لحمُ السَّمَك، وإنْ لم يكنْ من أهلِ الشَّواطئِ لم يدخلْ، لو قِيلَ بهذا لكانَ جيِّدًا؛ لأنَّ أهلَ الشَّواطئ جَرَتِ العادةُ بأنَّ لحمَ السَّمَكِ يُباع عندهم بكثرةٍ، فتجد على مَوَائِدِهِمْ لحمَ السَّمك ولحمَ الغنَم، وأمَّا البعيدونَ عنِ الشَّواطئِ فالغالبُ أنه لا يكونُ عندهم لحمُ السمكِ إِلَّا قليلًا، فيُقال: إنْ كَانَ منْ أهلِ الشَّواطِئِ فلحمُ السمكِ داخلٌ في يمينِه، وإنْ كَانَ من أهلِ البراري فلا، وعلى هذا فيُفرَّق بينَ أهل جدَّةَ والشَّرقيَّة وبين أهل القصيم، نحن إذا أكلنا لحمَ السمكِ لا نَحْنَث، وهم إذا أكلوهُ يحنثون، هذا أقربُ شيءٍ.

[١] في المسألة الأُولَى مسألة السَّمَك قال: نأخذُ بِنِيَّته، وهنا قال: نأخذُ بالعُمومِ، وقال: لا عِبرةَ بِنِيَّتِهِ، فنخرِّج روايتينِ، رواية في المسألةِ الأُولَى وهي أَلَّا يُرجَع إلى النِّيَّة، ورواية في المسألةِ الثَّانِية وهي أنْ يُرجَعَ إلى النِّيَّة، هذا معنى التَّخريج.

وَخَرَّجَ الْأَصْحَابُ فِي هَذَا وَجْهًا بِعَدَمِ الْحِنْثِ، وَخَرَّجَهُ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ مِنْ نَصِّهِ الْآتِي فِيمَنْ حَلَفَ بِصَدَقَةِ مَالِهِ أَنَّهُ يَخْتَصُّ بِمَا يُسَمَّى عِنْدَهُ مَالًا، وَكَذَا الْخِلَافُ لَوْ حَلَفَ لَا يَرْكَبُ فَرَكِبَ سَفِينَةً.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَشَمُّ الرَّيْحَانَ[١]، فَقَالَ الْقَاضِي: تَخْتَصُّ يَمِينُهُ بِالْفَارِسِيِّ؛ لِأَنَّهُ الْمُسَمَّى بِالرَّيْحَانِ عُرْفًا، وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ: يَحْنَثُ بِكُلِّ نَبْتٍ لَهُ رَائِحَةٌ طَيِّبَةٌ ؛ لِأَنَّهُ رَيْحَانٌ حَقِيقَةً، وَهَذَا يُعَاكِسُ قَوْلَهُمَا فِي مَسْأَلَةِ الرُّءُوسِ وَالْبَيْضِ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَحْمَ بَقَرٍ، فَهَلْ يَحْنَثُ بِأَكْلِ لَحْمِ بَقَرِ الْوَحْشِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، ذَكَرَهُمَا فِي التَّرْغِيبِ، وَخَرَّجَهُمَا مِنْ وَجْهَيْنِ حَكَاهُمَا فِيمَا إِذَا حَلَفَ لَا يَرْكَبُ حِمَارًا فَرَكِبَ حِمَارًا وَحْشِيًّا، هَلْ يَحْنَثُ أَمْ لَا؟ وَالْخِلَافُ هَاهُنَا يَقْرُبُ أَخذُهُ مِنْ مَسْأَلَةِ وُجُوبِ الزَّكَاةِ فِي بَقَرِ الْوَحْشِ، وَالْحِنْث فِي مَسْأَلَةِ الرُّكُوبِ أَضْعَف؛ لِأَنَّ الرُّكُوبَ إِنَّمَا يُرَادُ بِهِ الْحِمَارُ الْأَهْلِيُّ، وَشَبِيهٌ بِهَذَا الْخِلَافُ لِأَصْحَابِنَا فِي مُرُورِ الْحِمَارِ الْوَحْشِيِّ بَيْنَ يَدَيِ الْمُصَلِّي، هَلْ يَقْطَعُ صَلَاتَهُ أَمْ لَا؟ وَقَدْ حَكَاهُ أَبُو الْبَقَاءِ فِي شَرْحِ الْهِدَايَةِ[٢].

---

[١] قوله: «**لَوْ حَلَفَ لَا يَشَمُّ الرَّيْحَانَ**» فإنَّ الرَّيحانَ هنا لا يُقْصَد به كُلُّ ذِي رِيحٍ طَيِّبٍ، ولكن يُطلَق على الشَّجَر المَعروفِ.

[٢] وقوله: «**وَشَبِيهٌ بِهَذَا الخِلَافُ لِأَصْحَابِنَا فِي مُرُورِ الحِمَارِ الْوَحْشِيِّ بَيْنَ يَدَيِ الْمُصَلِّي هَلْ يَقْطَعُ صَلَاتَهُ أَمْ لَا؟**» الصَّحِيحُ أنَّ حمارَ الوَحْشِ لا يقطعُ الصلاةَ؛ لأنَّ الكلامَ يُحْمَلُ على المَعْهُود العُرفيّ، والمعهودُ العُرفيُّ هو الحِمار العادي، وهذا هو المذهَب أيضًا، أنَّ الَّذي يَقْطَع الصلاةَ هو الحِمَار الأهليُّ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَتكَلَّمُ فَقَرَأَ أَوْ سَبَّحَ، هَلْ يَحْنَثُ أَوْ لَا؟ المَشْهُورُ أَنَّهُ لَا يَحْنَثُ، وَتَوَقَّفَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ[١].

---

[١] هذه مسألةُ مُهِمَّة جِدًّا، لو حلفَ أَلَّا يَتكَلَّمَ فسَبّح وذكر اللهَ وقرأ القرآنَ، هل يكونُ مُتكَلِّمًا؟

المَذْهَبُ لا، لكن أحمد تَوَقَّف فيها في بعضِ الرِّواياتِ، والحقيقةُ أنه يُقَال: في هذا تفصيلٌ؛ إنْ أرادَ الحالِفُ بأنه لا يَتكَلَّم، أي لا يَنطِق بشيءٍ، دخل في ذلك التَّسبيحُ، وإنْ أراد أَلَّا يَتكلَّم الكلامَ المَعْهُودَ؛ فالكلامُ المعهودُ هو الكلامُ مع الناسِ.

فإذا قال قائلٌ: على أيِّ شيءٍ يُحْمَل حديثُ معاويةَ: «إِنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ أَمَرَنَا بِذَلِكَ، أَلَّا تُوصَلَ صَلَاةٌ بِصَلَاةٍ حَتَّى نَتَكَلَّمَ أَوْ نَخْرُجَ»(١). هل يشمل هذا التَّسبيحَ؟

فنقول: إنَّ الرَّجُلَ إذا صلَّى الفَريضةَ وسبّحَ وهلّلَ فإنَّ له أنْ يَصِلَ به أو أنْ يَتطَوَّعَ بعد ذلك، أو لَا بُدَّ أنْ يتكلَّمَ معَ الناسِ، ينبني هذا على الخلافِ، إنْ قلنا: إنَّ الكلامَ يُطلَق على التَّسبيح والذِّكْر، قلنا: هذا الرَّجُل تكلَّم، وإنْ قلنا: لا، قلنا: إنَّ هذا الرَّجُل لم يَتكلَّمْ.

والظَّاهرُ أنَّه يَحْصُلُ التَّميزُ أوِ الفَصْلُ بينَ الفَرْضِ وسُنَّتِه بالتَّسبيحِ ونحوِه؛ لأنَّ هذا التَّسبيح يدلُّ على الخروجِ منَ الصلاةِ، ويميِّز بين الصَّلاة الأُولَى وبين الصَّلاةِ الثَّانِيَةِ، وإنْ كَانَ الكلامُ معَ الناسِ أَبْيَنَ وأوضحَ، لكن يَحْصُلُ به التَّميزُ، ويدلُّ لذلك

---

(١) أخرجه مسلم: كتاب الجمعة، باب الصلاة بعد الجمعة، رقم (٨٨٣).

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ بِعِتْقِ عَبِيدِهِ، أَوْ أَعْتَقَهُمْ مُنْجِزًا، فَقَالَ الخِرَقِيُّ وَأَبُو بَكْرٍ: يَتَنَاوَلُ الْقِنَّ وَالْمُدَبَّرَ وَالْمُكَاتَبَ وَأُمَّ الْوَلَدِ وَأَشْقَاصَهُ، وَزَادَ الْقَاضِي عَبِيدَ عَبْدِهِ التَّاجِرِ.

وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الْمُكَاتَبِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ، وَخَرَّجَ الْقَاضِي رِوَايَةً بِعَدَمِ دُخُولِ الْمُكَاتَبِينَ بِدُونِ نِيَّةٍ مِنْ رِوَايَةِ مُهَنَّا فِي الْأَشْقَاصِ أَنَّهُمْ لَا يَدْخُلُونَ فِي عِتْقِ الْمَمَالِيكِ، إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُمْ، وَمَأْخَذُهُ أَنَّهُمْ خَارِجُونَ مِنْ مُسَمَّى الرَّقِيقِ وَالْمَمْلُوكِ عُرْفًا، وَلَوْ قِيلَ: إِنَّ أُمَّ الْوَلَدِ كَذَلِكَ لَمْ يَبْعُدْ[١].

-على أنَّ الكلامَ يَشمَل حَتَّى التَّسبيح- قولُ النبيِّ ﷺ لمُعَاوِيَةَ بنِ الحَكَم: «**إِنَّ هَذِهِ الصَّلَاةَ لَا يَصْلُحُ فِيهَا شَيْءٌ مِنْ كَلَامِ النَّاسِ**»(١).

فإنَّه يدلُّ على أنَّ الكلامَ يُطْلَق حَتَّى على التَّسبيح والتَّكبير وقراءة القرآن، فإنه كلام، والرَّسول عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إنما منعَ من كلامِ الناسِ، فدلَّ على أنَّ هناك كلامًا آخرَ غير كلام الناسِ، وهو التَّكبيرُ والتَّسبيحُ وقراءةُ القرآنِ.

[١] لو حلفَ أو أعتقَ عَبيدَه يقول: «**يَتَنَاوَلُ الْقِنَّ**»، والقِنُّ: المملوكُ مِلكًا تامًّا بدون شَريكٍ، ويتناول الـمُدبَّر، والـمُدبَّر الَّذي عُلِّقَ عِتْقُه بالموتِ، فقال سيِّدُه: إذا مِتُّ فعَبْدي فلانٌ حرٌّ. والمكاتَبُ هو الَّذي اشترى نفسَه من سيِّدِه، وأمُّ الولدِ هي الَّتي أتتْ من سيِّدها بولدٍ. وأشقاصُه معناهُ الأرِقَّاء الَّذين بينه وبين غَيرِه، مثلًا يَمْلِك من هـذا العَبْدِ نِصفَه، ومن هذا العَبْدِ نصفَه أو رُبُعه، فإذا أعتقَ قال: أعتقتُ

---

(١) أخرجه مسلم: كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب تحريم الكلام في الصلاة، ونسخ ما كان من إباحته، رقم (٥٣٧).

عَبيدي، فإنه يَشمَل القِـنّ الَّذِي ليسَ له فيه شريكٌ، وهل يشملُ الآخرينَ نحـو المُدَبَّر؟

نقول: نعمْ؛ لأنَّ المُدَبَّر عَبْدٌ لا يُعتقُ إِلَّا بعدَ الموتِ. وهل يَشمَل المكاتَب؟ نعم؛ لأنَّ المكاتَبَ عَبْدٌ لا يعتقُ إِلَّا بالأداءِ. وهل يشمل أَمَّ الولدِ؟ نعم؛ لأنَّ أَمَّ الولدِ لا تَعْتِقُ إِلَّا بعدَ موتِ سيِّدها، ويَشْمَلُ أَشقاصَه لأنه يَملِك من هذا الرّقيقِ نِصْفَه أو رُبُعه أو ما أشبه ذلك.

والوجه الثَّاني في هذه المسألةِ: أنَّه لا يدخلُ فيه إِلَّا القِنّ الخالِص الَّذِي ليسَ فيه شَريك؛ لأنَّ هذا هو المعهودُ؛ لأنَّ أمَّ الولدِ والمكاتَبَ والمُدَبَّرَ والشِّقْصَ ما يكاد يَطْـرَأُ على البالِ، ولكـن الأخذ بالعُمُومِ أَولى، إِلَّا أنْ يُخرجَهم بِنِيَّتِهِ، والشِّقْصُ: البَعْض.

أمَّا عَبيد عَبْدِ التَّاجرِ، فهل يدخلونَ في ذلكَ؟

الجوابُ: إنْ قلنا: إِنَّ العَبْدَ لا يَمْلِك فلَا شَكَّ في دُخُولِه؛ لأنه مِلْكٌ لِسَيِّده، وإذا قلنا: إنَّ العَبْدَ يَملِكُ فإنَّهم لا يدخلونَ؛ لأنهم ليسوا عَبيدًا له، لكن مع ذلك إذا قلنا بأنه يَملِك فإنَّ السيِّدَ إذا باع هذا العَبْد يبيعه معَ عَبيدِه، ولكن الرّاجح في هذه المسألةِ أنَّ العَبْدَ لا يَملِك؛ لِقَوْلِ النبيِّ ﷺ: «**مَنِ ابْتَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ، فَمَالُهُ لِلَّذِي بَاعَهُ**»[1].

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل، رقم (٢٣٧٩)، ومسلم: كتاب البيوع، باب من باع نخلا عليها ثمر، رقم (١٥٤٣).

وَمِنْهَا: لَوْ حلَفَ بِصَدَقَةِ مَالِهِ وَأَرَادَ الْبِرَّ، أَوْ نَذَرَهُ نَذْرَ تَبَرُّرٍ، فَإِنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِثُلُثِ جَمِيعِ مَالِهِ عِنْدَ الْأَصْحَابِ.

وَنَقَلَ الْأَثْرَمُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ سُئِلَ: هَلِ الثُّلُثُ مِنَ الصَّامِتِ خَاصَّةً أَوْ مِنْ جَمِيعِ مَا يَمْلِكُ؟ فَقَالَ: ذَلِكَ عَلَى قَدْرِ مَا نَوَى، وَعَلَى قَدْرِ مخرجِ يَمِينِهِ، وَالْأَمْوَالُ عِنْدَ النَّاسِ تَخْتَلِفُ، الْأَعْرَابُ يُسَمُّونَ الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ الْأَمْوَالَ، وَغَيْرُهُمْ يُسَمِّي الصَّامِتَ، وَغَيْرُهُمُ الْأَرَضِينَ، فَلَوْ أَنَّ أَعْرَابِيًّا قَالَ: مَالِي صَدَقَةٌ، أَلَيْس كُنَّا نَأْخُذُ بِإِبِلِهِ أَوْ نَحْو هَذَا. قَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ يُرْجَعُ إِلَى نِيَّتِهِ فِي ذَلِكَ، فَإِنْ أَطْلَقَ يُرْجَعُ إِلَى عُرْفِ الْإِطْلَاقِ عِنْدَ النَّاذِرِ[١].

---

[١] إذا قلنا: جميعُ أموالِهِ، فإنَّه يَشْمَل الذَّهَبَ والفِضَّة والخَيل والإبل والبَقَر والغَنَم والعَقَارَات، وإذا قلنا: مالُهُ، فيَحْتَمِل المراد به الذَّهَب والفِضَّة فقطْ، والصامتُ مِنَ المالِ يعني الذَّهَب والفِضَّة، ولَعَلَّه يدخلُ فيه أيضًا عُرُوضُ التِّجارةِ، وغير الصامت مثل الإبل والبقر والغَنَم والعقار.

الإمامُ أحمدُ رَحِمَهُ اللَّهُ يقولُ: يُرْجَعُ في ذلكَ إلى نِيَّته، يعني لو قال قائل: واللهِ لَأَتَصَدَّقَنّ بِثُلُثِ مالي، أو قال: للهِ عليَّ نَذْرٌ أنْ أَتَصدَّقَ بِثُلُث مالي، فهل يَشْمَلُ هذا جميعَ أموالِه منَ الصامِتِ وغيرِ الصامتِ من العقارِ وغيرِ العقارِ أو يَختَصّ بالصامِتِ؟

الجواب: الإمامُ أحمدُ قال: يُرْجَع في ذلك إلى نِيَّته؛ لأنَّ الأموالَ تَختلِف، فالمالُ عند البدويِّ هو الإبلُ والبقرُ والغنمُ، فصاحبُ الإبلِ لا يَعرِف منَ المالِ إلَّا الإبل، وصاحِبُ البَقَرِ لا يَعرِف إلَّا البقر، وصاحب الغَنَم لا يَعرِف إلَّا الغنمَ، وعند التَّاجِرِ المالُ هو الذهبُ والفِضَّة والعُرُوض، وعند أصحابِ العقارِ العقارُ، إذن يُرْجَع في ذلك إلى نِيَّته، ولا يُؤخَذ بِعُمُوم اللَّفظ.

وَقَالَ أَحْمَدُ أَيْضًا فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ: إِذَا قَالَ: جَارِيَتِي حُرَّةٌ إِنْ لَمْ أَصْنَعْ كَذَا وَكَذَا، قَالَ ابْنُ عُمَرَ وَابْنُ عَبَّاسٍ: تُعْتَقُ، وَإِذَا قَالَ: مَالِي فِي المَسَاكِينِ، لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ جَارِيَتُهُ.

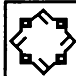
قَالَ الْقَاضِي: فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّ الْأَمَةَ لَا تَدْخُلُ فِي عُمُومِ المَالِ. قَالَ: وَالمَذْهَبُ التَّعْمِيمُ، وَالْعَجَبُ أَنَّهُ لَمْ يَحْكِ بِالتَّعْمِيمِ عَنْ أَحْمَدَ نَصًّا صَرِيحًا وَلَا ظَاهِرًا[1].

لكن المؤلف يقول: «نَذْرَ تَبَرُّر»، ونَذْرُ التَّبرُّر هو الَّذِي قَصَد به الطَّاعةَ؛ لأنَّ النذرَ قد يكونُ نَذْرَ تَبرُّرٍ، وقد يكون نَذْرَ مَنْعٍ، فمثلا إذا قال قائل: للهِ عليَّ نَذر لَئِن كلَّمتُ فلانًا لَأَتَصَدَّقَنَّ بمالي، هذا ليس نذرَ تَبَرُّرٍ؛ لأنه ما قصدَ البِرّ، إنما قصدَ المنعَ، هذا النَّذْر لا يَلْزَمُهُ فيه أنْ يَتَصَدَّقَ بمالِهِ، نقول: إنْ شِئتَ تَصَدَّقْ وإنْ شئتَ كَفِّرْ كَفَّارَةَ يمينٍ.

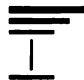
فإنْ قال مثلا: إنْ لَبِستُ هذا الثوبَ للهِ عليَّ نذر أنْ أَتَصَدَّقَ بجميعِ ثِيابي، هذا ليسَ نذرَ تَبَرُّرٍ أيضًا؛ لأنَّ قصدَهُ المنعُ، فنقول: إذا لبستَ الثوبَ فإنْ شئتَ تَصَدَّقْ بِثيابك، وإنْ شئتَ كَفِّر كَفَّارة يمينٍ.

وإذا قال: إنْ آتاني اللهُ مالًا فلِلَّهِ عليَّ نَذر أنْ أَتصدَّقَ بِرُبُعِهِ، فهذا نَذْرُ تَبَرُّرٍ، يَلْزَمُه، فصارَ نَذْر التّبرر ما قُصِدَ به البِرّ والطَّاعة، وغير التّبرّر ما لم يُقْصَد به ذلكَ.

[١] قوله: «وَالمَذْهَبُ التَّعْمِيمُ» هم عندهم المذهب مذهبانِ: مَذْهَبٌ شخصيٌّ، ومذهبٌ اصطلاحيٌّ، أحيانا يقول: المَذْهَبُ كذا، أي اصطلاحيًّا، وإنْ كَانَ الإمام أحمد قد نصَّ على خِلافه، فربما ينص الإمام أحمد على خلافه ومع ذلك يقولون: إنَّ المذهبَ كذا، هذا مَذْهَبٌ اصطلاحيٌّ.


الْقَاعِدَةُ الثَّانِيَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ المِائَةِ





يُخَصُّ الْعُمُومُ بِالْعَادَةِ عَلَى المَنْصُوصِ، وَذَلِكَ فِي مَسَائِلَ:

مِنْهَا: لَوْ وَصَّى لِأَقْرِبَائِهِ أَوْ أَهْلِ بَيْتِهِ، قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ: إِذَا قَالَ: لِأَهْلِ بَيْتِي أَوْ قَرَابَتِي فَهُوَ عَلَى مَا يُعْرَفُ مِنْ مَذْهَبِ الرَّجُلِ، إِنْ كَانَ يَصِلُ عَمَّتَهُ وَخَالَتَهُ، وَنَقَلَ سِنْدِيٌّ نَحْوَهُ.

وَقَال فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ فِي الْوَصِيَّةِ لِأَهْلِ بَيْتِهِ: يُنْظَرُ مَنْ كَانَ يَصِلُ مِنْ أَهْلِ بَيْتِهِ مِنْ قِبَلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ، فَإِنْ كَانَ لَا يَصِلُ قَرَابَتَهُ مِنْ قِبَلِ أُمِّهِ فَأَهْلُ بَيْتِهِ مِنْ قِبَلِ أَبِيهِ. وَاخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ فِي حِكَايَةِ هَذِهِ الرِّوَايَةِ عَلَى طَرِيقَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا رِوَايَةٌ ثَالِثَةٌ فِي قَرَابَةِ الْأُمِّ خَاصَّةً، أَنَّهُمْ لَا يَدْخُلُونَ فِي الْوَصِيَّةِ، إِلَّا إِنْ كَانَ يَصِلُهُمْ فِي حَيَاتِهِ، وَهَذِهِ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ.

وَالطَّرِيقُ الثَّانِي: أَنَّهَا هِيَ المَذْهَبُ، وَأَنَّ الِاعْتِبَارَ بِمَنْ كَانَ يَصِلُهُ فِي حَيَاتِهِ بِكُلِّ حَالٍ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ عَادَةٌ بِالصِّلَةِ فَهِيَ لِقَرَابَةِ الْأَبِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَنُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا اعْتِبَارَ بِالصِّلَةِ، قَالَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِي رَجُلٍ وَصَّى فِي فُقَرَاءِ أَهْلِ بَيْتِهِ وَلَهُ قَرَابَةٌ فِي بَغْدَادَ وَقَرَابَةٌ فِي بِلَادِهِ، وَكَانَ يَصِلُ فِي حَيَاتِهِ الَّذِينَ بِبَغْدَادَ؛ قَالَ: يُعْطَى هَؤُلَاءِ الحُضُورُ وَالَّذِينَ فِي بِلَادِهِ. وَكَذَلِكَ نَقَلَ عَبْدُاللهِ، قال

أَبُو حَفْصٍ الْبَرْمَكِيُّ: هَذَا قَوْلٌ آخَرُ، لَا يُعْتَبَرُ بِمَنْ كَانَ يَصِلُ فِي حَيَاتِهِ.

قُلْت: وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَالَ: مَنْعُ الصِّلَةِ هَاهُنَا لِمَنْ لَيْس بِبَغْدَادَ قَدْ عُلِمَ سَبَبُهُ، وَهُوَ تَعَذُّرُ الصِّلَةِ لِلْبُعْدِ، وَالْكَلَامُ إِنَّمَا هُوَ فِيمَا تَرَكَهُ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ.

قَالَ الْقَاضِي: وَيَشْهَدُ لِرِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ مَا رَوَى عَبْدُ اللهِ عَنْهُ فِي رَجُلٍ وَصَّى بِصَدَقَةٍ فِي أَطْرَافِ بَغْدَادَ، وَقَدْ كَانَ رُبَّمَا تَصَدَّقَ فِي بَعْضِ الْأَرْبَاضِ، وَهُوَ حَيٌّ، قَالَ: يَتَصَدَّقُ عَنْهُ فِي أَبْوَابِ بَغْدَادَ كُلِّهَا.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى لِقَرَابَةِ غَيْرِهِ وَكَانَ يَصِلُ بَعْضَهُمْ، أَوْ وَصَّى لِلْفُقَهَاءِ أَوِ الْفُقَرَاءِ، وَكَانَ يَصِلُ بَعْضَهُمْ. قَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: لَا رِوَايَةَ فِيهِ، وَلَا يَمْتَنِعُ أَنْ نَقُولَ فِيهِ مَا نَقُولُهُ فِي أَقَارِبِ نَفْسِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَقَفَ عَلَى بَعْضِ أَوْلَادِهِ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِهِ، فَهَلْ يَخْتَصُّ الْبَطْنُ الثَّانِي بِأَوْلَادِ الْمُسَمَّيْنَ أَوْ لَا؟ أَوْ يَشْمَلُ جَمِيعَ وَلَدِ وَلَدِهِ، نَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ عَلَى أَنَّهُ يَشْمَلُ جَمِيعَ وَلَدِ الْوَلَدِ.

وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ بِالِاخْتِصَاصِ بِوَلَدِ مَنْ وَقَفَ عَلَيْهِمُ اعْتِبَارًا بِآبَائِهِمْ، فَإِنَّ هَذِهِ عَطِيَّةٌ وَاحِدَةٌ، فَحَمْلُ بَعْضِهَا عَلَى بَعْضٍ أَقْرَبُ مِنْ حَمْلِ الْوَصِيَّةِ عَلَى الْعَطِيَّةِ فِي الْحَيَاةِ، وَهَذَا النَّصُّ هُوَ قَوْلُهُ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ فِي رَجُلٍ لَهُ وَلَدٌ صِغَارٌ خَافَ عَلَيْهِمُ الضَّيْعَةَ، فَأَوْقَفَ مَالَهُ عَلَى وَلَدِهِ، وَكَتَبَ كِتَابًا وَقَالَ: هَذَا صَدَقَةٌ عَلَى وَلَدِهِ فُلَانٍ وَفُلَانٍ سَمَّاهُمْ، ثُمَّ قَالَ: وَوَلَدِ وَلَدِهِ، وَلَهُ وَلَدٌ غَيْرُ هَؤُلَاءِ، قَالَ: هُمْ شُرَكَاءُ، فَحَمَلَهُ الشَّيْخَانِ -صَاحِبُ الْمُغْنِي وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ- عَلَى مَا قُلْنَا، وَتَبْوِيبُ الْخَلَّالِ يَدُلُّ عَلَيْهِ.

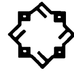
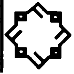
وَقَدْ يُقَالُ: إِنَّمَا عَمَّ الْبَطْنُ الثَّانِي وَلَدَ الْوَلَدِ؛ لِأَنَّ تَخْصِيصَ الْبَطْنِ بِالصِّغَارِ كَانَ لِخَوْفِهِ عَلَيْهِمُ الضَّيْعَةَ، وَهَذَا الْمَعْنَى مَفْقُودٌ فِي الْبَطْنِ الثَّانِي، فَلِذَلِكَ أَشْرَكَ فِيهِ أَوْلَادَ الْأَوْلَادِ كُلَّهُمْ.

وَحَمَلَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ عَلَى أَنَّ الْبَطْنَ الْأَوَّلَ يَشْتَرِكُ فِيهِ وَلَدُهُ الْمُسَمَّوْنَ وَغَيْرُهُمْ؛ أَخْذًا مِنْ عُمُومِ قَوْلِهِ: صَدَقَةٌ عَلَى وَلَدِهِ، وَتَخْصِيصُ بَعْضِهِمْ بِالذِّكْرِ لَا يَقْتَضِي التَّخْصِيصَ بِالْحُكْمِ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَرُسُلِهِۦ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَىٰلَ﴾ [البقرة: ٩٨]. وَهَذَا فَاسِدٌ؛ لِأَنَّ الْآيَةَ فِيهَا عَطْفُ نَسَقٍ بِالْوَاوِ، وَهَاهُنَا إِمَّا عَطْفُ بَيَانٍ أَوْ بَدَلٌ، وَأَيُّهُمَا كَانَ فَيَقْتَضِي التَّخْصِيصَ بِالْحُكْمِ؛ لِأَنَّ عَطْفَ الْبَيَانِ مُوَضِّحٌ لِمَتْبُوعِهِ وَمُطَابِقٌ لَهُ، وَإِلَّا لَمْ يَكُنْ بَيَانًا، وَالْبَدَلُ هُوَ الْوَاسِطَةُ الْمَقْصُودُ بِالْحُكْمِ، فَيُعَيِّنُ التَّخْصِيصَ بِهِ، وَلِهَذَا لَوْ قَالَ مَنْ لَهُ أَرْبَعُ زَوْجَاتٍ: زَوْجَتِي فُلَانَةُ طَالِقٌ، لَمْ تَطْلُقِ الثَّلَاثُ الْبَوَاقِي، أَوْ قَالَ مَنْ لَهُ عَبِيدٌ: عَبْدِي فُلَانٌ حُرٌّ، لَمْ يُعْتَقْ مَنْ عَدَاهُ، بِغَيْرِ خِلَافٍ.

وَمِنْهَا: لَوِ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا يَعْمَلُ لَهُ مُدَّةً مُعَيَّنَةً، حُمِلَ عَلَى مَا جَرَتِ الْعَادَةُ بِالْعَمَلِ فِيهِ مِنَ الزَّمَانِ دُونَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ خِلَافٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذِهِ الشَّجَرَةِ، اخْتَصَّتْ يَمِينُهُ بِمَا يُؤْكَلُ مِنْهَا عَادَةً، وَهُوَ الثَّمَرُ، دُونَ مَا لَا يُؤْكَلُ عَادَةً؛ كَالْوَرَقِ وَالْخَشَبِ.

⌘ ⌑ ⌘

الْقَاعِدَةُ الثَّالِثَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ المِائَةِ



وَيُخَصُّ الْعُمُومُ بِالشَّرْعِ أَيْضًا عَلَى الصَّحِيحِ فِي مَسَائِلَ:

مِنْهَا: إِذَا نَذَرَ صَوْمَ الدَّهْرِ لَمْ يَدْخُلْ فِي ذَلِكَ مَا يُحَرِّمُ صَوْمَهُ مِنْ أَيَّامِ السَّنَةِ، أَوْ مَا يَجِبُ صَوْمُهُ شَرْعًا كَرَمَضَانَ عَلَى أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ.

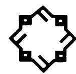
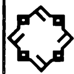
وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَحْمًا، لَمْ يَتَنَاوَلْ يَمِينُهُ اللَّحْمَ الْمُحَرَّمَ؛ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

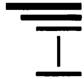
وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى لِأَقَارِبِهِ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِمُ الْوَارِثُونَ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ. حَكَاهُمَا فِي التَّرْغِيبِ، وَظَاهِرُ كَلَامِهِ الدُّخُولُ، وَظَاهِرُ كَلَامِ ابْنِ أَبِي مُوسَى وَابْنِ عَقِيلٍ خِلَافُهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَكَّلَهُ أَنْ يُطَلِّقَ زَوْجَتَهُ فَهَلْ يَدْخُلُ فِيهِ الطَّلَاقُ الْمُحَرَّمُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، ذَكَرَهُمَا ابْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ.

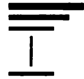
وَمِنْهَا: لَوْ نَذَرَ اعْتِكَافَ شَهْرٍ مُتَتَابِعٍ، فَلَهُ أَنْ يَعْتَكِفَ فِي غَيْرِ الجَامِعِ، وَيَخْرُجُ إِلَى الجُمُعَةِ لِاسْتِثْنَائِهَا بِالشَّرْعِ، وَفِيهِ وَجْهٌ لَا يَجُوزُ الِاعْتِكَافُ فِي غَيْرِ الجَامِعِ، وَالْأَوَّلُ الْمَذْهَبُ، كَمَا أَنَّهُ لَا يَنْقَطِعُ فِي الصِّيَامِ الْمُتَتَابِعِ بِصَوْمِ رَمَضَانَ وَلَا فِطْرِ أَيَّامِ النَّهْيِ.





الْقَاعِدَةُ الرَّابِعَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ الْمِائَةِ





هَلْ نَخُصُّ اللَّفْظَ الْعَامَّ بِسَبَبِهِ الْخَاصِّ إِذَا كَانَ السَّبَبُ هُوَ الْمُقْتَضِيَ لَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

أَحَدُهُمَا: لَا يُخَصُّ بِهِ، بَلْ يُقْضَى بِعُمُومِ اللَّفْظِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي فِي الْخِلَافِ وَالْآمِدِيِّ وَأَبِي الْفَتْحِ الْحُلْوَانِيِّ وَأَبِي الْخَطَّابِ وَغَيْرِهِمْ، وَأَخَذُوهُ مِنْ نَصِّ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ عَلِيِّ بْنِ سَعِيدٍ فِيمَنْ حَلَفَ لَا يَصْطَادُ مِنْ نَهْرٍ لِظُلْمٍ رَآهُ فِيهِ، ثُمَّ زَالَ الظُّلْمُ، قَالَ أَحْمَدُ: النَّذْرُ يُوَفَّى بِهِ.

وَكَذَلِكَ أَخَذُوهُ مِنْ قَاعِدَةِ الْمَذْهَبِ فِيمَنْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ هَذَا الصَّبِيَّ، فَصَارَ شَيْخًا، أَنَّهُ يَحْنَثُ بِتَكْلِيمِهِ؛ تَغْلِيبًا لِلتَّعْيِينِ عَلَى الْوَصْفِ، قَالُوا: وَالسَّبَبُ وَالْقَرِينَةُ عِنْدَنَا تَعُمُّ الْخَاصَّ وَلَا تُخَصِّصُ الْعَامَّ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: لَا يَحْنَثُ، وَهُوَ الصَّحِيحُ عِنْدَ صَاحِبَيِ الْمُغْنِي وَالْمُحَرَّرِ، وَلَكِنَّ صَاحِبَ الْمُحَرَّرِ اسْتَثْنَى صُورَةَ النَّهْرِ وَمَا أَشْبَهَهَا، كَمَنْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ بَلَدًا لِظُلْمٍ رَآهُ فِيهِ ثُمَّ زَالَ، وَصَاحِبُ الْمُغْنِي عَزَى الْخِلَافَ إِلَيْهَا، وَرَجَّحَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي عُمَدِ الْأَدِلَّةِ، وَقَالَ: هُوَ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ؛ لِأَنَّ الْمَذْهَبَ أَنَّ الصِّفَةَ لَا تَنْحَلُّ بِالْفِعْلِ حَالَةَ الْبَيْنُونَةِ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ بِمُقْتَضَى دَلَالَةِ الْحَالِ تَقْتَضِي التَّخْصِيصَ بِحَالَةِ الزَّوْجِيَّةِ دُونَ غَيْرِهَا.

وَكَذَلِكَ جَزَمَ بِهِ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنَ الْمُجَرَّدِ، وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَسْأَلَةِ النَّهْرِ الْمَنْصُوصَةِ بِأَنَّ نَصَّ أَحْمَدَ إِنَّمَا هُوَ النَّذْرُ، وَالنَّاذِرُ إِذَا قَصَدَ التَّقَرُّبَ بِنَذْرِهِ لَزِمَهُ الْوَفَاءُ مُطْلَقًا، كَمَا مُنِعَ الْمُهَاجِرُونَ مِنَ الْعَوْدِ إِلَى دِيَارِهِمُ الَّتِي تَرَكُوهَا لله، وَإِنْ زَالَ الْمَعْنَى الَّذِي تَرَكُوهَا لِأَجْلِهِ، فَإِنْ تَرَكَ شَيْئًا لله يَمْتَنِعُ فِيهِ الْعَوْدُ مُطْلَقًا، وَإِنْ كَانَ بِسَبَبٍ قَدْ يَتَغَيَّرُ، وَلِهَذَا نَهَى الْمُتَصَدِّقَ أَنْ يَشْتَرِيَ صَدَقَتَهُ، وَهَذَا أَحْسَنُ، وَقَدْ يَكُونُ جَدُّهُ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ لَحَظَ هَذَا حَيْثُ خَصَّ صُورَةَ النَّهْرِ بِالْحِنْثِ مَعَ الْإِطْلَاقِ، بِخِلَافِ غَيْرِهَا مِنَ الصُّوَرِ.

وَأَمَّا مَسْأَلَةُ الْحَلِفِ عَلَى الْعَيْنِ الْمَوْصُوفَةِ بِالصِّفَةِ، فَإِنْ كَانَ ثَمَّ سَبَبٌ يَقْتَضِي اخْتِصَاصَ الْيَمِينِ بِحَالِ بَقَاءِ الصِّفَةِ لَمْ يَحْنَثْ بِالْكَلَامِ بَعْدَ زَوَالِهَا، صَرَّحَ بِهِ فِي الْكَافِي وَالْمُحَرَّرِ، فَهِيَ كَمَسْأَلَتِنَا، وَيَتَفَرَّعُ عَلَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: لَوْ دُعِيَ إِلَى غَدَاءٍ فَحَلَفَ لَا يَتَغَدَّى، فَهَلْ يَحْنَثُ بِغَدَاءٍ غَيْرِ ذَلِكَ الْمَحْلُوفِ بِسَبَبِهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ وَجَزَمَ الْقَاضِي فِي الْكِفَايَةِ وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ بِعَدَمِ الْحِنْثِ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا رَأَيْتُ مُنْكَرًا إِلَّا رَفَعْتُهُ إِلَى فُلَانٍ الْقَاضِي، فَعُزِلَ، فَهَلْ تَنْحَلُّ يَمِينُهُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَفِي التَّرْغِيبِ: وَإِنْ كَانَ السَّبَبُ أَوِ الْقَرَائِنُ تَقْتَضِي حَالَةَ الْوِلَايَةِ اخْتَصَّ بِهَا، وَإِنْ كَانَتْ تَقْتَضِي الرَّفْعَ إِلَيْهِ بِعَيْنِهِ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ مُرْتَكِبُ الْمُنْكَرِ قَرَابَةَ الْوَالِي مَثَلًا وَقَصَدَ إِعْلَامَهُ بِذَلِكَ لِأَجْلِ قَرَابَتِهِ، وَذَكَرَ الْوِلَايَةَ تَعْرِيفًا، تَتَنَاوَلُ الْيَمِينُ حَالَ الْوِلَايَةِ وَالْعَزْلِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ دَلَالَةٌ بِحَالٍ فَهَلْ يَبَرُّ بِرَفْعِهِ إِلَيْهِ بَعْدَ الْعَزْلِ وَيَحْنَثُ بِتَرْكِهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

فَإِنْ كَانَتْ يَمِينُهُ رَفْعَهُ إِلَى الْوَالِي مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ، فَهَلْ يَتَعَيَّنُ الْمَنْصُوبُ فِي الحَالِ أَمْ يَبْرَأُ بِالرَّفْعِ إِلَى كُلِّ مَنْ يُنَصَّبُ بَعْدَهُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، لِتَرَدُّدِ الْأَلِفِ وَاللَّامِ بَيْنَ تَعْرِيفِ الْعَهْدِ وَالجِنْسِ.

وَلَوْ عَلِمَ بِمُنْكَرٍ بَعْدَ عِلْمِ الْوَالِي احْتَمَلَ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْبِرَّ قَدْ فَاتَ كَمَا لَوْ رَآهُ مَعَهُ.

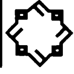
وَالثَّانِي: لَمْ يَفُتْ؛ لِأَنَّ صُورَةَ الرَّفْعِ مُمْكِنَةٌ، ثُمَّ عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ يُخَرَّجُ عَلَى مَا إِذَا تَبَدَّدَ المَاءُ الَّذِي فِي الْكُوزِ بَعْدَ حَلِفِهِ عَلَى شُرْبِهِ، أَوْ أَبْرَأَهُ مِنَ الدَّيْنِ بَعْدَ حَلِفِهِ عَلَى قَضَائِهِ، وَفِيهِ وَجْهَانِ. انْتَهَى.

فَجُعِلَ مَحَلُّ الْوَجْهَيْنِ إِذَا انْتَفَتِ الْقَرَائِنُ وَالدَّلَائِلُ بِالْكُلِّيَّةِ، وَمَعَ دَلَالَةِ الحَالِ وَالسَّبَبِ يَخْتَصُّ الرَّفْعُ بِحَالَةِ الْوِلَايَةِ وَجْهًا وَاحِدًا.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ عَلَى عَبْدِهِ أَوْ زَوْجَتِهِ أَوْ لِغَرِيمِهِ لَا يَخْرُجُ إِلَّا بِإِذْنِهِ، ثُمَّ بَاعَ الْعَبْدَ وَطَلَّقَ الزَّوْجَةَ وَوَفَّى الْغَرِيمُ، فَهَلْ تَنْحَلُّ يَمِينُهُ؟ عَلَى الْوَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَتْ لَهُ زَوْجَتُهُ: تَزَوَّجْتَ عَلَيَّ؟ قَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ، فَإِنَّ الْمُخَاطَبَةُ تَطْلُقُ بِذَلِكَ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ المَرُّوذِيِّ وَابْنِ هَانِئٍ، وَكَذَلِكَ نَقَلَ عَنْهُ أَبُو دَاوُد السِّجِسْتَانِيُّ فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَقِيلَ لَهُ: إِنَّ لَكَ غَيْرَهَا فَقَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ، فَسَكَتَ، فَقِيلَ: إِلَّا فُلَانَةَ، فَقَالَ: إِلَّا فُلَانَةَ، فَإِنِّي لَمْ أَعْنِهَا، فَأَبَى أَنْ يُفْتِيَ فِيهِ، وَهَذَا تَوَقُّفٌ مِنْهُ، وَخَرَّجَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي عُمَدِ الْأَدِلَّةِ الْمَسْأَلَةَ عَلَى رِوَايَتَيْنِ.

⁂




الْقَاعِدَةُ الخَامِسَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ المِائَةِ



النِّيَّةُ تَعُمُّ الخَاصَّ وَتُخَصِّصُ الْعَامَّ بِغَيْرِ خِلَافٍ فِيهَا، وَهَلْ تُقَيِّدُ الْمُطْلَقَ أَوْ تَكُونُ اسْتِثْنَاءً مِنَ النَّصِّ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ فِيهَا، فَهَذِهِ أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ:

أَمَّا الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: فَلَهُ صُوَرٌ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: لَوْ حَلَفَ عَلَى زَوْجَتِهِ لَا تَرَكْتِ هَذَا الصَّبِيَّ يَخْرُجُ، فَخَرَجَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهَا، فَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا أَنَّهُ إِنْ نَوَى أَنْ لَا يَخْرُجَ مِنَ الْبَابِ فَخَرَجَ فَقَدْ حَنِثَ، وَإِنْ كَانَ نَوَى أَنْ لَا تَدَعَهُ لَمْ يَحْنَثْ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَدَعْهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ: إِنْ رَأَيْتُكِ تَدْخُلِينَ هَذِهِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا أَنَّهُ وَإِنْ أَرَادَ أَنْ لَا تَدْخُلَهَا بِالْكُلِّيَّةِ فَدَخَلَتْ وَلَمْ يَرَهَا حَنِثَ، وَإِنْ كَانَ نَوَى إِذَا رَآهَا فَلَا يَحْنَثُ حَتَّى يَرَاهَا تَدْخُلُهَا.

وَقَرَّرَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ أَنَّ هَذَا اللَّفْظَ وَنَحْوَهُ مَوْضُوعٌ فِي الْعُرْفِ لِعُمُومِ الِامْتِنَاعِ، وَكَذَلِكَ ابْنُ عَقِيلٍ، فَعَلَى هَذَا لَا يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةِ الْعُمُومِ، بَلْ إِذَا أَطْلَقَ اقْتَضَى الِامْتِنَاعَ مِنْ شُرْبِ المَاءِ فَمَا فَوْقَهُ خَاصَّةً، وَصَرَّحَ بِهِ ابْنُ عَقِيلٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذَا الْبَيْتَ يُرِيدُ هِجْرَانَ قَوْمٍ، فَدَخَلَ عَلَيْهِمْ بَيْتًا آخَرَ؛ حَنِثَ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى الْكَحَّالِ.

وَمِنْهَا: فَلَوْ حلَفَ لَا يَشْرَبُ لَهُ المَاءَ وَنَوَى الِامْتِنَاعَ مِنْ جَمِيعِ مَالِهِ؛ حَنِثَ بِتَنَاوُلِ كُلِّ مَا يَمْلِكُهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ أَنْ لَا يَضْرِبَهُ وَنَوَى أَنْ لَا يُؤْلِمَهُ، حَنِثَ بِكُلِّ مَا يُؤْلِمُهُ مِنْ خَنْقٍ وَعَضٍّ وَغَيْرِهِمَا، نَصَّ عَلَيْهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ امْرَأَتَهُ يَقْصِدُ هِجْرَانَهَا بِذَلِكَ، حَنِثَ بِوَطْئِهَا، أَوْمَأَ إِلَيْهِ أَحْمَدُ.

وَمِنْهَا: لَوْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ طَلْقَةً رَجْعِيَّةً، وَحَلَفَ لَا رَاجَعْتُهَا، وَأَرَادَ الِامْتِنَاعَ مِنْ عَوْدِهَا إِلَيْهِ مُطْلَقًا، حَنِثَ بِتَزَوُّجِهَا بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ بَعْدَ الْبَيْنُونَةِ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ عَلَى زَوْجَتِهِ لَا خَرَجْتِ مِنْ بَيْتِهِ لِتَهْنِئَةٍ وَلَا تَعْزِيَةٍ، وَنَوَى أَنْ لَا تَخْرُجَ أَصْلًا، هَلْ يَحْنَثُ بِخُرُوجِهَا لِغَيْرِ تَهْنِئَةٍ وَلَا تَعْزِيَةٍ؟ فَذَكَرَ الْقَاضِي فِي بَعْضِ تَعَالِيقِهِ أَنَّهُ تَوَقَّفَ فِيهَا، وَأَنَّ الْقَاضِيَ أَبَا الطَّيِّبِ الطَّبَرِيَّ مِنَ الشَّافِعِيَّةِ قَالَ لَهُ: مُقْتَضَى مَذْهَبِكُمْ أَنَّهُ لَا يَحْنَثُ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ يَخْتَلِفُ فِي الْخُرُوجِ، وَلَا يُوجَدُ الْمَقْصُودُ فِي كُلِّ خُرُوجٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَصَدَ قَطْعَ الْمِنَّةِ، فَإِنَّ الْمِنَّةَ تُوجَدُ فِي غَيْرِ الْمَحْلُوفِ عَلَيْهِ.

قُلْتُ: وَالصَّوَابُ الجَزْمُ بِالحِنْثِ هَاهُنَا مُطْلَقًا، وَعَلَيْهِ يَدُلُّ نَصُّ أَحْمَدَ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ الْأَوَّلَتَيْنِ الْمَذْكُورَتَيْنِ هَاهُنَا، وَلَا يُشْبِهُ هَذَا مَا لَوْ حَلَفَ لَا يَلْبَسُ مِنْ غَزْلِهَا، يَقْصِدُ قَطْعَ الْمِنَّةِ، فَإِنَّهُ لَا يَحْنَثُ بِالِانْتِفَاعِ بِغَيْرِ الْغَزْلِ وَثَمَنِهِ مِنْ أَمْوَالِهَا؛ لِأَنَّ الْعُمُومَ هُنَاكَ يُسْتَفَادُ مِنَ السَّبَبِ، وَهُنَا يُسْتَفَادُ مِنَ النِّيَّةِ فَهُوَ أَبْلَغُ.

وَأَمَّا الْقِسْمُ الثَّانِي فَصُوَرُهُ كَثِيرَةٌ جِدًّا:

مِنْهَا: أَنْ يَقُولَ: نِسَائِي طَوَالِقُ، وَيَسْتَثْنِي بِقَلْبِهِ وَاحِدَةً، أَوْ يَحْلِفَ: لَا يُسَلِّمُ عَلَى زَيْدٍ فَسَلَّمَ عَلَى جَمَاعَةٍ هُوَ فِيهِمْ وَيَسْتَثْنِيهِ بِقَلْبِهِ، وَوَقَعَ فِي كَلَامِ الْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مَا يَقْتَضِي حِكَايَةَ رِوَايَتَيْنِ فِي حِنْثِهِ فِي مَسْأَلَةِ السَّلَامِ، وَتَأَوَّلَهُ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فِي تَعْلِيقِهِ عَلَى الْهِدَايَةِ، عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ هَلْ يُقْبَلُ مِنْهُ دَعْوَى إِرَادَةِ ذَلِكَ أَمْ لَا، قَالَ: وَقَدْ صَرَّحَا بِذَلِكَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ مِنْ كِتَابَيْهِمَا.

وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ عَلَى فُلَانٍ بَيْتًا، فَدَخَلَ بَيْتًا هُوَ فِيهِ مَعَ جَمَاعَةٍ، وَنَوَى بِدُخُولِهِ غَيْرَهُ، هَلْ يَحْنَثُ؟ خَرَّجَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَأَبُو الْخَطَّابِ عَلَى وَجْهَيْنِ فِي مَسْأَلَةِ السَّلَامِ، قَالَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ: وَعِنْدِي فِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ الدُّخُولَ فِعْلٌ حِسِّيٌّ لَا يَتَمَيَّزُ، بِخِلَافِ السَّلَامِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ: إِنْ لَبِسْتِ ثَوْبًا فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَقَالَ: أَرَدْتُ أَحْمَرَ، وَقَالَ: إِنْ لَبِسْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ ثَوْبًا أَحْمَرَ، وَقَالَ: إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ فِي هَذِهِ السَّنَةِ، فَالْجُمْهُورُ مِنَ الْأَصْحَابِ عَلَى أَنَّهُ يُدَيَّنُ فِي ذَلِكَ، وَفِي قَبُولِهِ الْحُكْمَ رِوَايَتَانِ.

وَشَذَّ طَائِفَةٌ فَحَكَوُا الْخِلَافَ فِي تَدْيِينِهِ فِي الْبَاطِنِ؛ مِنْهُمُ الْحُلْوَانِيُّ وَابْنُهُ، وَكَذَلِكَ وَقَعَ فِي مَوْضِعٍ مِنْ مُفْرَدَاتِ ابْنِ عَقِيلٍ فِي الْأَيْمَانِ، وَكَذَلِكَ وَقَعَ لِلْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ، قَالَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ: وَهُوَ سَهْوٌ، وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي كِتَابِ الْحِيَلِ: إِنَّهُ إِنْ كَانَ الْمُخَصَّصُ بِالنِّيَّةِ مَلْفُوظًا صَحَّ تَخْصِيصُهُ، وَإِلَّا فَلَا. فَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ شَيْئًا أَبَدًا وَنَوَى بِهِ اللَّحْمَ قُبِلَ، وَإِنْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ وَنَوَى اللَّحْمَ لَمْ تَنْفَعْهُ نِيَّتُهُ؛

لِأَنَّهُ خَصَّصَ مَا لَيْسَ فِي لَفْظِهِ، وَحَمَلَ حَنْبَلٌ اخْتِلَافَ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي قَبُولِ دَعْوَى خِلَافِ الظَّاهِرِ فِي الْيَمِينِ عَلَى اخْتِلَافِ حَالَيْنِ، لَا عَلَى اخْتِلَافِ قَوْلَيْنِ.

وَذَكَرَ السَّامَرِّيُّ فِي فُرُوقِهِ أَنَّ الْمَنْوِيَّ إِنْ كَانَ يَرْفَعُ مُقْتَضَى الْحُكْمِ بِالْكُلِّيَّةِ كَالِاسْتِثْنَاءِ بِالْمَشِيئَةِ فِي الْيَمِينِ بِاللهِ، أَوْ حَيْثُ يَنْفَعُ، لَمْ يَصِحَّ بِالنِّيَّةِ إِلَّا مَعَ الظُّلْمِ، وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ عَلَى صِحَّةِ اسْتِثْنَاءِ الْمَظْلُومِ فِي نَفْسِهِ بِالْمَشِيئَةِ؛ لِأَنَّهَا تَرْفَعُ الْحُكْمَ بِالْكُلِّيَّةِ، فَهُوَ كَالنَّسْخِ، فَلَا يَصِحُّ بِالنِّيَّةِ إِلَّا مَعَ الْعُذْرِ، بِخِلَافِ شُرُوطِ الطَّلَاقِ وَنَحْوِهَا، فَإِنَّهَا تَصِحُّ بِالنِّيَّةِ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّهَا مُخَصِّصَةٌ لَا رَافِعَةٌ.

وَأَمَّا الْقِسْمُ الثَّالِثُ فَلَهُ صُوَرٌ:

مِنْهَا: إِذَا نَذَرَ الصَّدَقَةَ بِمَالٍ وَنَوَى فِي نَفْسِهِ قَدْرًا مُعَيَّنًا، فَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُد أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ مَا نَوَاهُ، وَخَرَّجَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فِي تَعْلِيقِهِ عَلَى الْهِدَايَةِ اللُّزُومَ، قَالَ: وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِيمَنْ نَذَرَ صَوْمًا أَوْ صَلَاةً وَنَوَى فِي نَفْسِهِ أَكْثَرَ مِمَّا يَتَنَاوَلُهُ اللَّفْظُ أَنَّهُ يَلْزَمُ مَا نَوَاهُ، وَهَذَا مِثْلُهُ، وَكَذَلِكَ رَجَّحَ ابْنُ عَقِيلٍ اللُّزُومَ فِيمَا نَوَى فِي الْجَمِيعِ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ صَاحِبُ الْكَافِي أَنَّهُ لَوْ حَلَفَ لَيَأْكُلَنَّ لَحْمًا أَوْ فَاكِهَةً، أَوْ لَيَشْرَبَنَّ مَاءً أَوْ لَيُكَلِّمَنَّ رَجُلًا، أَوْ لَيَدْخُلَنَّ دَارًا، وَأَرَادَ بِيَمِينِهِ مُعَيَّنًا تَعَلَّقَتْ يَمِينُهُ بِهِ دُونَ غَيْرِهِ، وَإِنْ نَوَى الْفِعْلَ فِي وَقْتٍ بِعَيْنِهِ اخْتَصَّ بِهِ، وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ خِلَافًا.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَنَوَى ثَلَاثًا، فَهَلْ يَلْزَمُهُ الثَّلَاثُ، أَمْ لَا يَقَعُ بِهِ أَكْثَرُ مِنْ وَاحِدَةٍ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ.

وَجْهُ الْقَوْلِ بِلُزُومِ الثَّلَاثِ أَنَّ طَالِقًا اسْمُ فَاعِلٍ، وَهُوَ صَادِقٌ عَلَى مَا قَامَ بِهِ الْفِعْلُ مَرَّةً وَأَكْثَرَ، فَيَكُونُ مُحْتَمِلًا لِلْكَثْرَةِ، فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهَا بِالنِّيَّةِ.

وَرَأَيْتُ فِي كِتَابِ شَرْحِ الْقَوَافِي لِابْنِ جِنِّي أَنَّ الْأَفْعَالَ كُلَّهَا لِلْعُمُومِ، وَحَكَاهُ عَنْ أَبِي عَلِيٍّ، وَهُوَ غَرِيبٌ، وَأَمَّا إذَا قَالَ ثَلَاثًا فَتَطْلُقُ ثَلَاثًا، لَكِنْ لَنَا فِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ ثَلَاثًا صِفَةٌ بِمَصْدَرٍ مَحْذُوفٍ تَقْدِيرُهُ: طَلَاقًا ثَلَاثًا، وَالْمَصْدَرُ يَتَضَمَّنُ الْعَدَدَ.

وَالثَّانِي: أَنَّ ثَلَاثًا صَالِحٌ لِإِيقَاعِ الثَّلَاثِ مِنْ طَرِيقِ الْكِنَايَةِ، وَذِكْرُ الطَّلَاقِ يُقَرِّرُ الْإِيقَاعَ بِهَا كَنِيَّةِ الطَّلَاقِ.

وَيَتَفَرَّعُ عَلَى الْمَأْخَذَيْنِ هَلْ وَقَعَ الثَّلَاثُ بِقَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ، أَمْ بِقَوْلِهِ: ثَلَاثًا.

وَلَوْ مَاتَتْ مَثَلًا فِي حَالِ قَوْلِهِ: ثَلَاثًا، هَلْ تَقَعُ الثَّلَاثُ أَوْ وَاحِدَةٌ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، ذَكَرَهُمَا فِي التَّرْغِيبِ.

وَهَذَا إنَّمَا يَتَوَجَّهُ عَلَى قَوْلِنَا: إنَّهُ إذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَنَوَى ثَلَاثًا أَنَّهُ يَقَعُ بِهِ الثَّلَاثُ، أَمَّا إذَا قُلْنَا: لَا يَقَعُ الثَّلَاثُ بِالنِّيَّةِ، لَمْ يَقَعِ الثَّلَاثُ إلَّا بِقَوْلِهِ: ثَلَاثًا؛ بِغَيْرِ خِلَافٍ.

وَمِنْهَا: إذَا وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَى اسْمٍ مُطْلَقٍ، وَنَوَى تَعْيِينَهُ قَبْلَ الْعَقْدِ، فَهَلْ يَصِحُّ أَمْ لَا؟ قَدْ سَبَقَ لَنَا أَنَّ فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ وَجْهَيْنِ، إذَا قَالَ زَوَّجْتُكَ بِنْتِي، وَلَهُ بَنَاتٌ وَنَوَيَا وَاحِدَةً مُعَيَّنَةً، وَأَنَّ مَأْخَذَ الْبُطْلَانِ اشْتِرَاطُ الشَّهَادَةِ عَلَى النِّكَاحِ، وَهَذَا يَقْتَضِي صِحَّةَ سَائِرِ الْعُقُودِ الَّتِي لَا يُحْتَاجُ فِيهَا إلَى الشَّهَادَةِ بِمِثْلِ ذَلِكَ.

وَصَرَّحَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ: إذَا اشْتَرَى شَيْئًا بِثَمَنٍ مُطْلَقٍ فِي الذِّمَّةِ، وَنَوَى نَقْدَهُ مِنَ الْمَالِ الْمَغْصُوبِ، وَنَقَدَهُ مِنْهُ، فَهَلْ يَكُونُ الْعَقْدُ بَاطِلًا كَمَا لَوْ وَقَعَ عَلَى عَيْنِ الْمَغْصُوبِ أَوْ يَكُونُ صَحِيحًا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ.

وَإِنَّمَا خَرَّجَ الخِلَافَ فِي تَقْيِيدِ الْمُطْلَقِ بِالنِّيَّةِ دُونَ تَخْصِيصِ الْعَامِّ بِهَا؛ لِأَنَّ تَخْصِيصَ الْعَامِّ نَقْصٌ مِنْهُ وَقَصْرٌ لَهُ عَلَى بَعْضِ مَدْلُولِهِ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ بِالنِّيَّةِ وَالْإِرَادَةِ، فَهِيَ الْمُخَصِّصَةُ حَقِيقَةً، وَإِنَّمَا تُسَمَّى الْأَدِلَّةُ الدَّالَّةُ عَلَى التَّخْصِيصِ مُخَصِّصَاتٍ لِدَلَالَتِهَا عَلَى الْإِرَادَةِ الْمُخَصِّصَةِ، وَهَذَا بِخِلَافِ تَقْيِيدِ الْمُطْلَقِ، فَإِنَّهُ زِيَادَةٌ عَلَى مَدْلُولِهِ، فَلَا تَثْبُتُ الزِّيَادَةُ بِالنِّيَّةِ الْمُجَرَّدَةِ.

فَإِنْ قِيلَ هَذَا يُنْتَقَضُ عَلَيْكُمْ بِتَعْمِيمِ الخَاصِّ بِالنِّيَّةِ، فَإِنَّهُ إِلْزَامُ زِيَادَةٍ عَلَى اللَّفْظِ بِمُجَرَّدِ النِّيَّةِ، قِيلَ: الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الخَاصَّ إِذَا أُرِيدَ بِهِ الْعَامُّ كَانَ نَصًّا عَلَى الحُكْمِ فِي صُورَةٍ لِعِلَّةٍ، فَيَتَعَدَّى الحُكْمُ إِلَى كُلِّ مَا وُجِدَتْ فِيهِ تِلْكَ الْعِلَّةُ، وَهَذَا غَيْرُ مَوْجُودٍ فِي الْمُطْلَقِ إِذَا أُرِيدَ بِهِ بَعْضُ مُقَيَّدَاتِهِ.

وَأَمَّا الْقِسْمُ الرَّابِعُ فَلَهُ صُوَرٌ:

مِنْهَا: لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، وَاسْتَثْنَى بِقَلْبِهِ إِلَّا وَاحِدَةً. فَهَلْ يَلْزَمُهُ الثَّلَاثُ فِي الْبَاطِنِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَلْزَمُهُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الخَطَّابِ وَصَاحِبِ الحُلْوَانِيِّ.

وَالثَّانِي: يَقَعُ بِهِ الثَّلَاثُ فِي الْبَاطِنِ، وَهُوَ الَّذِي جَزَمَ بِهِ السَّامَرِّيُّ فِي فُرُوقِهِ، وَصَاحِبُ الْمُغْنِي، وَاخْتَارَهُ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ؛ لِأَنَّ النِّيَّةَ إِنَّمَا تَصْرِفُ اللَّفْظَ إِلَى مُحْتَمَلٍ، وَلَا احْتِمَالَ فِي النَّصِّ الصَّرِيحِ، إِنَّمَا الِاحْتِمَالُ فِي الْعُمُومِ، وَيَشْهَدُ لَهُ قَوْلُ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ: النِّيَّةُ فِيمَا خَفِيَ لَيْسَ فِيمَا ظَهَرَ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ: نِسَائِي الْأَرْبَعُ طَوَالِقُ، وَاسْتَثْنَى بِقَوْلِهِ فُلَانَةَ، فَهِيَ كَالَّتِي قَبْلَهَا.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ: كُلُّ عَبْدٍ لِي حُرٌّ، وَاسْتَثْنَى بِقَلْبِهِ بَعْضَ عَبِيدِهِ، فَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي صِحَّتِهِ رِوَايَتَيْنِ، وَلَكِنْ صِحَّةُ الِاسْتِثْنَاءِ هُنَا أَظْهَرُ، وَفِي كَلَامِ أَحْمَدَ فِي مَسْأَلَةِ الْأَشْقَاصِ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ كُلًّا وَإِنْ كَانَتْ مَوْضُوعَةً لِاسْتِغْرَاقِ مَا يُضَافُ إِلَيْهِ، إِلَّا أَنَّهَا مِنْ صِيَغِ الْعُمُومِ الْقَابِلَةِ لِلتَّخْصِيصِ فِي الْجُمْلَةِ.

تَنْبِيهٌ حَسَنٌ: فَرَّقَ الْأَصْحَابُ بَيْنَ الْإِثْبَاتِ وَالنَّفْيِ فِي الْأَيْمَانِ فِي مَسَائِلَ، وَقَالُوا فِي الْإِثْبَاتِ: لَا يَتَعَلَّقُ الْبِرُّ إِلَّا بِتَمَامِ الْمُسَمَّى، وَفِي الْحِنْثِ يَتَعَلَّقُ بِبَعْضِهِ، عَلَى الصَّحِيحِ، وَقَالُوا: الْأَيْمَانُ تُحْمَلُ عَلَى عُرْفِ الشَّرْعِ، وَالشَّارِعُ إِذَا نَهَى عَنْ شَيْءٍ تَعَلَّقَ النَّهْيُ بِجُمْلَتِهِ وَأَبْعَاضِهِ، وَإِذَا أَمَرَ بِشَيْءٍ لَمْ يَحْصُلِ الِامْتِثَالُ بِدُونِ الْإِتْيَانِ بِكَمَالِهِ.

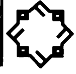
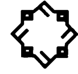
فَأَخَذَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ مِنْ هَذَا أَنَّ الْيَمِينَ فِي الْإِثْبَاتِ لَا تَعُمُّ، وَفِي النَّفْيِ تَعُمُّ، كَمَا عَمَّتْ أَجْزَاءَ الْمَحْلُوفِ. قَالَ: وَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنْ خِلَافِهِ أَنَّ السَّبَبَ يَقْتَضِي التَّعْمِيمَ فِي النَّفْيِ دُونَ الْإِثْبَاتِ.

قَالَ الشَّيْخُ: وَهَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ فِي الْأَيْمَانِ، وَقَرَّرَهُ بِأَنَّ الْمَفَاسِدَ يَجِبُ اجْتِنَابُهَا كُلِّهَا، بِخِلَافِ الْمَصَالِحِ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَجِبُ تَحْصِيلُ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْهَا؛ فَإِذَا وَجَبَ تَحْصِيلُ مَنْفَعَةٍ لَمْ يَجِبْ تَحْصِيلُ أُخْرَى مِثْلِهَا لِلِاسْتِغْنَاءِ عَنْهَا بِالْأُولَى، وَكَلَامُهُ يَشْمَلُ التَّعْمِيمَ بِالنِّيَّةِ أَيْضًا، حَتَّى ذَكَرَ فِي الْعِلَّةِ الْمَنْصُوصَةِ فِي كَلَامِ الشَّارِعِ أَنَّهَا كَانَتْ فِي تَحْرِيمٍ تَعَدَّتْ بِالْقِيَاسِ إِلَى غَيْرِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ بِالْعِلَّةِ، وَإِنْ كَانَتْ إِيجَابًا لَمْ تَتَعَدَّ، وَذَكَرَ أَنَّ هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ.

وَحَكَى عَنْ أَبِي الْخَطَّابِ أَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَوْجَبْتُ كُلَّ يَوْمٍ أَكْلَ السُّكَّرِ؛ لِأَنَّهُ

حُلْوٌ، وَجبَ أَكْلُ كُلِّ حُلْوٍ، ثُمَّ قَالَ: وَهَذَا بَعِيدٌ، بَلِ الَّذِي يُقَالُ: إِنَّهُ يَجِبُ كُلَّ يَوْمٍ أَكْلُ شَيْءٍ مِنَ الحُلْوِ كَائِنًا مَا كَانَ. قَالَ: وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ يُبْطِلُ إيجَابَ السُّكَّرِ، وَعَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ يُرْفَعُ إِشْكَالٌ فِي مَسْأَلَةِ قَوْلِ السَّيِّدِ: أَعْتَقْتُ غَانِمًا لِسَوَادِهِ، وَأَنَّهُ لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ كُلُّ أَسْوَدَ، كَمَا هُوَ قَوْلُ الجُمْهُورِ، خِلَافًا لِمَا ذَكَرَهُ أَبُو الْفَتْحِ الحُلْوَانِيُّ وَأَبُو الخَطَّابِ.



الْقَاعِدَةُ السَّادِسَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ المِائَةِ



الصُّوَرُ الَّتِي لَا تُقْصَدُ مِنَ الْعُمُومِ عَادَةً إِمَّا لِنُدُورِهَا أَوْ لِاخْتِصَاصِهَا بِمَانِعٍ، لَكِنْ يَشْمَلُهَا اللَّفْظُ، مَعَ اعْتِرَافِ الْمُتَكَلِّمِ بِأَنَّهُ لَمْ يُرِدْ إِدْخَالَهَا فِيهِ، هَلْ يُحْكَمُ بِدُخُولِهَا أَمْ لَا؟

فِي الْمَسْأَلَةِ خِلَافٌ، وَيَتَرَجَّحُ فِي بَعْضِ الْمَوَاضِعِ الدُّخُولُ، وَفِي بَعْضِهَا عَدَمُهُ، بِحَسَبِ قُوَّةِ الْقَرَائِنِ وَضَعْفِهَا، وَيَتَخَرَّجُ عَلَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ مَسَائِلُ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: إِذَا قِيلَ: تَزَوَّجْتَ عَلَى امْرَأَتِكَ، فَقَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ طَالِقٌ، هَلْ تَطْلُقُ الْمَرْأَةُ الْمُخَاطَبَةُ أَمْ لَا إِذَا قَالَ: لَمْ أُرِدْهَا؟ وَقَدْ سَبَقَ أَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ تَارَةً عَلَى أَنَّهَا تَطْلُقُ، وَتَوَقَّفَ فِيهَا أُخْرَى، وَخَرَّجَهَا ابْنُ عَقِيلٍ عَلَى رِوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَذَفَ أَبَاهُ إِلَى آدَمَ وَحَوَّاءَ، فَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ أَنَّ عَلَيْهِ حَدًّا وَاحِدًا، وَلَمْ يَجْعَلْهُ رِدَّةً عَنِ الْإِسْلَامِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ دُخُولَ الْأَنْبِيَاءِ فِي ذَلِكَ، وَلَا يَقْصِدُ ذَلِكَ مُسْلِمٌ، وَخَرَّجَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ابْنُ تَيْمِيَّةَ فِيهَا وَجْهًا آخَرَ: أَنَّهُ رِدَّةٌ مِنَ الْمَسْأَلَةِ الْآتِيَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ: عَصَيْتُ اللهَ فِيمَا أَمَرَنِي بِهِ، هَلْ يَكُونُ يَمِينًا؟ قَالَ الْقَاضِي: لَيْسَ بِيَمِينٍ؛ لِأَنَّ الْمَشْهُورَ تَخْصِيصُ الْمَعَاصِي بِالذُّنُوبِ دُونَ الْكُفْرِ، وَقَالَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ: عِنْدِي أَنَّهُ يَمِينٌ؛ لِدُخُولِ التَّوْحِيدِ فِيهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ لِعَبِيدِهِ وَهُمْ عِنْدَهُ: أَنْتُمْ أَحْرَارٌ، وَكَانَ فِيهِمْ أُمُّ وَلَدِهِ، وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِهَا، وَلَمْ يُرِدْ عِتْقَهَا، هَلْ تَعْتِقُ أَمْ لَا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ حَكَاهُمَا أَبُو بَكْرٍ وَابْنُ أَبِي مُوسَى.

وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى عِتْقِهَا فِي رِوَايَةِ ابْنِ هَانِئٍ وَغَيْرِهِ، وَشَبَّهَهَا فِي رِوَايَةِ أَحْمَدَ بْنِ الْحُسَيْنِ بْنِ حَسَّانَ بِمَنْ نَادَى امْرَأَةً لَهُ فَأَجَابَتْهُ أُخْرَى، فَطَلَّقَهَا يَظُنُّهَا الْمُنَادَاةَ، وَقَالَ: تَطْلُقُ هَذِهِ بِالْإِجَابَةِ وَتِلْكَ بِالتَّسْمِيَةِ، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ -أَعْنِي مَسْأَلَةَ الْمُنَادَاةِ- فِيهَا رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: تَطْلُقُ الْمُنَادَاةُ وَحْدَهَا، نَقَلَهَا مُهَنَّا، وَهِيَ اخْتِيَارُ الْأَكْثَرِينَ؛ كَأَبِي بَكْرٍ وَابْنِ حَامِدٍ وَالْقَاضِي، فَيَتَعَيَّنُ تَخْرِيجُ رِوَايَةٍ فِي أُمِّ الْوَلَدِ أَنَّهَا لَا تُعْتَقُ مِنْهَا، وَعَلَى الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ: تَطْلُقُ الْمُنَادَاةُ وَالْمُجِيبَةُ، وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ أَحْمَدَ بْنِ الْحُسَيْنِ بْنِ حَسَّانَ أَنَّهُمَا تَطْلُقَانِ جَمِيعًا فِي الْبَاطِنِ.

وَالظَّاهِرُ، كَمَا يَقُولُ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ: إِذَا لَقِيَ امْرَأَةً يَظُنُّهَا أَجْنَبِيَّةً، فَطَلَّقَهَا، فَإِذَا هِيَ زَوْجَتُهُ، أَنَّ زَوْجَتَهُ تَطْلُقُ ظَاهِرًا أَوْ بَاطِنًا.

وَزَعَم صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ أَنَّ الْمُجِيبَةَ إِنَّمَا تَطْلُقُ ظَاهِرًا، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْمُطَلَّقَةِ الَّتِي يَعْتَقِدُهَا أَجْنَبِيَّةً أَنَّ الطَّلَاقَ هَاهُنَا صَادَفَ مَحِلًّا، فَنَفَذَ فِيهِ، وَهُوَ الْمُنَادَاةُ، فَلَا يُحْتَاجُ إِلَى مَحِلٍّ آخَرَ، بِخِلَافِ طَلَاقِ مَنْ يَعْتَقِدُهَا أَجْنَبِيَّةً، فَإِنَّهُ لَوْ لَمْ يَقَعْ بِهَا لَلَغِيَ الطَّلَاقُ الصَّادِرُ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحِلِّهِ، وَلَا سَبِيلَ إِلَيْهِ، وَقَدْ أَشَارَ أَحْمَدُ إِلَى مَعْنَى هَذَا الْفَرْقِ، وَسَنَذْكُرُهُ فِيمَا بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يُسَلِّمُ عَلَى فُلَانٍ، فَسَلَّمَ عَلَى جَمَاعَةٍ هُوَ فِيهِمْ، وَهُوَ

لَا يَعْلَمُ بِمَكَانِهِ، وَلَمْ يُرِدْهُ بِالسَّلَامِ، فَحَكَى الْأَصْحَابُ فِي حِنْثِهِ الرِّوَايَتَيْنِ، وَيُشْبِهُ تَخْرِيجُهُمَا عَلَى مَسْأَلَةِ مَنْ حَلَفَ لَا يَفْعَلُ فَفَعَلَهُ جَاهِلًا بِأَنَّهُ الْمَحْلُوفُ عَلَيْهِ، وَالْمَنْصُوصُ هَاهُنَا عَنْ أَحْمَدَ الْحِنْثُ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا، حَتَّى فِيمَا إِذَا كَانَ الْمَحْلُوفُ عَلَيْهِ مُسْتَتِرًا بَيْنَ الْقَوْمِ بِبَارِيَةٍ فِي الْمَسْجِدِ وَهُوَ لَا يَرَاهُ.

وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ: إِنْ كَانَ وَحْدَهُ فَسَلَّمَ عَلَيْهِ وَهُوَ لَا يَعْرِفُهُ حَنِثَ، وَإِنْ كَانَ بَيْنَ جَمَاعَةٍ وَهُوَ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ لَمْ يَحْنَثْ؛ لِأَنَّهُ أَرَادَ الْجَمَاعَةَ، وَهَذَا يُشْبِهُ مَا تَقَدَّمَ فِي الْفَرْقِ بَيْنَ الْمُنَادَاةِ إِذَا أَجَابَتْ غَيْرُهَا، وَبَيْنَ مَنْ يُطَلِّقُهَا يَعْتَقِدُهَا أَجْنَبِيَّةً، فَإِنَّ الْمَحْلُوفَ عَلَيْهِ لَمْ يَقْصِدِ السَّلَامَ عَلَيْهِ بِالْكُلِّيَّةِ، وَهُنَاكَ مَنْ يَصِحُّ قَصْدُهُ وَغَيْرُهُ، فَانْصَرَفَ السَّلَامُ إِلَيْهِ دُونَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ وَحْدَهُ، فَالْمَحْلُوفُ عَلَيْهِ وُجِدَ وَلَكِنْ مَعَ الْجَهْلِ بِهِ، وَقَدْ تَأَوَّلَ الْقَاضِي رِوَايَةَ أَبِي طَالِبٍ هَذِهِ عَلَى أَنَّهُ أَخْرَجَهُ بِالنِّيَّةِ مِنَ السَّلَامِ، وَلَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ عَالِمًا بِحُضُورِهِ بَيْنَهُمْ، فَكَيْفَ يَسْتَثْنِيهِ بِالنِّيَّةِ؟

وَمِنْهَا: لَوْ وَقَفَ الْمُسْلِمُ عَلَى قَرَابَتِهِ أَوْ أَهْلِ قَرْيَتِهِ أَوْ وَصَّى لَهُمْ، وَفِيهِمْ مُسْلِمُونَ وَكُفَّارٌ، لَمْ يَتَنَاوَلِ الْكُفَّارَ حَتَّى يُصَرِّحَ بِدُخُولِهِمْ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ وَأَبِي طَالِبٍ، وَلَوْ كَانَ فِيهِمْ مُسْلِمٌ وَاحِدٌ وَالْبَاقِي كُفَّارٌ فَفِي الِاقْتِصَارِ عَلَيْهِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّ حَمْلَ اللَّفْظِ الْعَامِّ عَلَى وَاحِدٍ بَعِيدٌ جِدًّا.

وَمِنْهَا: لَوْ تَهَايَأَ الْمُعْتَقُ بَعْضُهُ هُوَ وَسَيِّدُهُ عَلَى مَنَافِعِهِ وَأَكْسَابِهِ، فَهَلْ يَدْخُلُ فِيهَا الْأَكْسَابُ النَّادِرَةُ؛ كَالرِّكَازِ وَالْهَدِيَّةِ وَاللُّقَطَةِ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ: مَا أَحَلَّ اللهُ عَلَيَّ حَرَامٌ، وَلَهُ زَوْجَةٌ وَمَالٌ، وَقَالَ: لَمْ أُرِدْ

زَوْجَتِي، فَهُوَ مُظَاهِرٌ، عَلَيْهِ كَفَّارَةُ الظِّهَارِ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَةَ أَشْهَرُ أَفْرَادِ الحَلَالِ الَّذِي يَقْصِدُ تَحْرِيمَهُ، وَلَا يَنْصَرِفُ الذِّهْنُ ابْتِدَاءً إِلَى غَيْرِهِ، فَلَا يَصِحُّ إِخْرَاجُهُ مِنَ الْعُمُومِ بِعَدَمِ إِرَادَةِ دُخُولِهِ، وَإِنَّمَا يَصِحُّ إِخْرَاجُهُ بِإِرَادَةِ عَدَمِ دُخُولِهِ.

فَأَمَّا إِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ زَوْجَةٌ، وَلَهُ مَالٌ، فَهُوَ يَمِينٌ كَسَائِرِ تَحْرِيمِ المُبَاحَاتِ، وَإِذَا كَانَ لَهُ زَوْجَةٌ وَمَالٌ فَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ ظِهَارٍ لَا غَيْرُ. نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ وَأَبِي طَالِبٍ فِي صُورَةِ: كُلُّ مَا أَحَلَّ اللهُ عَلَيَّ حَرَامٌ.

وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: يَجِبُ مَعَ كَفَّارَةِ الظِّهَارِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ؛ لِدُخُولِ المَالِ فِي الْعُمُومِ.

وَوَجْهُ الْقَاضِي نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ بِتَوْجِيهَاتٍ مُسْتَبْعَدَةٍ، وَعِنْدِي فِي تَخْرِيجِهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ المُتَبَادَرَ إِلَى الْأَفْهَامِ مِنْ تَحْرِيمِ الحَلَالِ تَحْرِيمُ الزَّوْجَةِ دُونَ الْأَمْوَالِ، فَإِنَّهَا لَا تُقْصَدُ بِالتَّحْرِيمِ، فَلَا تَدْخُلُ فِي الْعُمُومِ؛ لِكَوْنِهَا لَا تُقْصَدُ عَادَةً، فَتَكُونُ المَسْأَلَةُ حِينَئِذٍ فِي صُورَةِ الْقَاعِدَةِ.

وَالثَّانِي: أَنْ تَكُونَ مُخَرَّجَةً عَلَى قَوْلِهِ بِتَدَاخُلِ الْأَيْمَانِ، وَأَنَّ مُوجَبَهَا وَاحِدٌ، فَإِنَّ الجِنْسَ هَاهُنَا وَاحِدٌ، وَهُوَ تَحْرِيمُ الحَلَالِ، فَصَارَ مُوجَبُهُ كَفَّارَةً وَاحِدَةً، ثُمَّ تَعَيَّنَتْ بِكَفَّارَةِ الظِّهَارِ لِدُخُولِ كَفَّارَةِ الْيَمِينِ فِيهَا مِنْ غَيْرِ عَكْسٍ.

⁂




الْقَاعِدَةُ السَّابِعَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ المِائَةِ



إِذَا اسْتَنَدَ إِتْلَافُ أَمْوَالِ الْآدَمِيِّينَ وَنُفُوسِهِمْ إِلَى مُبَاشَرَةٍ وَسَبَبٍ: تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بِالْمُبَاشَرَةِ دُونَ السَّبَبِ، إِلَّا إِذَا كَانَتِ الْمُبَاشَرَةُ مَبْنِيَّةً عَلَى السَّبَبِ وَنَاشِئَةً عَنْهُ، سَوَاءٌ كَانَتْ مُلْجِئَةً أَوْ غَيْرَ مُلْجِئَةٍ، ثُمَّ إِنْ كَانَتِ الْمُبَاشَرَةُ وَالْحَالَةُ هَذِهِ لَا عُدْوَانَ فِيهَا بِالْكُلِّيَّةِ اسْتَقَلَّ السَّبَبُ وَحْدَهُ بِالضَّمَانِ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا عُدْوَانٌ شَارَكَتِ السَّبَبَ فِي الضَّمَانِ. فَالْأَقْسَامُ ثَلَاثَةٌ[١].

وَمِنْ صُوَرِ الْقِسْمِ الْأَوَّلِ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: إِذَا حَفَرَ وَاحِدٌ بِئْرًا عُدْوَانًا، ثُمَّ دَفَعَ غَيْرُهُ فِيهَا آدَمِيًّا مَعْصُومًا، أَوْ مَالًا لِمَعْصُومٍ، فَسَقَطَ فَتَلِفَ، فَالضَّمَانُ عَلَى الدَّافِعِ وَحْدَهُ[٢].

---

[١] عندنا الآن المُبَاشَرَةُ والسَّبَبُ، فالأقسام ثلاثة:

الأوَّل: ألَّا تكونَ المباشرةُ مَبْنِيَّة على السببِ، فالضَّمانُ على المباشرةِ، يعني إذا اجتمعَ متسبِّب ومُبَاشِر، والمباشرة ليستْ مبنيَّة على السببِ فالضَّمان على المباشرةِ.

ثانيًا: إذا كانت المباشرة مبنيَّةً على السببِ، والسببُ ليسَ فيه عُدوانٌ إطلاقًا، فالضَّمان على المباشرةِ أيضًا.

الثالث: أنْ تكونَ مَبنيَّةً على السَّبب، وفيه نوعٌ منَ العُدوانِ، فيَشترِكانِ في الضَّمانِ.

[٢] هذا القسمُ الأوَّلُ، ألَّا يكونَ المباشِرُ مَبنيًّا على السببِ، كإنسانٍ حَفَرَ بئرًا

وَمِنْهَا: لَوْ فَتَحَ قَفَصًا عَنْ طَائِرٍ، فَاسْتَقَرَّ بَعْدَ فَتْحِهِ، فَجَاءَ آخَرُ فَنَفَّرَهُ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْمُنَفِّرِ وَحْدَهُ[١].

وَمِنْهَا: لَوْ رَمَى مَعْصُومًا مِنْ شَاهِقٍ، فَتَلَقَّاهُ آخَرُ بِسَيْفٍ فَقَدَّهُ بِهِ، فَالْقَاتِلُ هُوَ الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ[٢].

بالسُّوق، ومعلومٌ أنَّ حَفرَ البئرِ في السوقِ عُدوانٌ لا يجوزُ؛ لأنَّ الأسواقَ للتسوُّق لا للآبارِ، ثُمَّ إنَّ رجلًا مرَّ ورأى رجلًا واقفًا على البِئر فدَفَعَهُ فسقطَ فماتَ، فالضَّمانُ على الدّافِعِ، صحيحٌ أنَّ المتسبِّبَ أخطأَ، لكن لا أثرَ له في هذا الدَّفعِ، فلذلك يكون الضَّمانُ على المباشِرِ وحدَه.

[١] هذا أيضًا واضحٌ، إنسان فتحَ قفصَ الطَّائرِ، ولكنَّه لم يَطِرْ، بلِ استقرَّ، فجاء إنسانٌ فهزَّ القفصَ أو صاحَ بالطَّائرِ فطارَ، فالضَّمان على المُنَفِّرِ؛ لأنَّ الَّذِي فتح القَفَصَ لم يؤثِّر في الطَّيْر شَيْئًا، الطَّيْر بَقِيَ واستقرَّ ولم يَتحرَّكْ إلَّا حينَ نفَّرَه هذا المُنَفِّر.

فإذا قال قائل: لو لا أنَّ القفصَ مفتوحٌ ما تَمَكَّنَ مِنَ الخُرُوج، فالسببُ له أثرٌ.

فيُقَال: لكن الطَّيْر لم يَطِرْ من أجلِ فَتح البابِ، بدليلِ أنه لَـمَّا فُتِحَ البابُ استقرَّ ولم يخرجْ، ولو كَانَ المانِع له منَ الخروج الباب لكان بمجرَّد فتح الباب يطيرُ.

[٢] واحدٌ أَلقَى شخصًا من شاهِقٍ، فتَلَقَّاه شخصٌ آخرُ بالسيفِ فَقَدَّه، عندنا سببٌ ومباشِر، المباشِرُ صاحبُ السَّيفِ، والسببُ المـُلْقِي منَ الشَّاهِقِ، لو لا أنه ألقَى منَ الشَّاهقِ لَبَقِيَ صاحبُ السيفِ لو يَهُزُّهُ ألفَ مرَّةٍ ما وجدَ شَخصًا يَقُدُّه.

لكن يقول قائل: هذا الرَّجُلُ إذا سقطَ منَ الشَّاهقِ فسيموت، فهو ميِّت بكُلِّ حالٍ بإلقائِه منَ الشَّاهِقِ.

فَأَمَّا لَوْ ضَرَبَ بَطْنَ امْرَأَةٍ فَأَلْقَتْ جَنِينًا وَفِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ، فَضَرَبَهُ آخَرُ فَمَاتَ، فَالْقَاتِلُ هُوَ الْأَوَّلُ، وَعَلَيْهِ الْغُرَّةُ، وَيُعَزَّرُ الثَّانِي؛ لِأَنَّ الضَّارِبَ لَيْسَ بِمُتَسَبِّبٍ، بَلْ هُوَ مُبَاشِرٌ لِلْقَتْلِ، فَلِذَلِكَ لَزِمَهُ الضَّمَانُ[1].

فالجواب: أنه قد يموتُ وقد لا يموتُ، ربما يَنْكَسِر ولكنه يَحْيَا، ثُمَّ نقول: إنَّ هذا الرَّجُل الَّذِي معه السَّيف أصابه بسببِ الموتِ قبلَ أنْ يصلَ إلى الأرضِ الَّتِي يموت بها لو سقط عليها، فتكون المباشرة الآن سابقةً على أَثَرِ السببِ، فإنْ أثر السَّبَب إنَّما يكون إذا ارتطمَ بالأرضِ، وهنا لم يَرْتَطِمْ بالأرضِ، فإذا تلقَّاه إنسانٌ ولَقِفَهُ قبل أنْ يسقطَ على الأرضِ، فهذا مُحْسِنٌ.

[١] لو ضربَ إنسانٌ بطنَ امرأةٍ حاملٍ فأَسْقَطَتِ الجنينَ، وفيه حياةٌ مُسْتَقِرَّةٌ، فمات، يقول: فالقاتلُ هو الأوَّلُ، وعليه الغُرَّة، معَ أنَّ هذا يُشبِه أنْ يكونَ هناك أنه من بابِ المُتَسَبِّب والمباشِر، أمَّا لو أسقطته وهو ميِّت فالأمر واضحٌ، لكن أسقطته وفيه حياةٌ مُستقِرَّة، فضربه آخرُ فقتله، يقول: فالضَّمان على الأوَّل، ويُعَزَّر الثَّاني؛ لأنه بمجرَّد الإسقاطِ ثبتَ الضَّمانُ، ولولا الإسقاط ما تمكَّن هذا مِن ضَرْبِه ولا قتلِه، فلهذا كَانَ الضَّمانُ في إسقاطِه سابقًا على الضَّمانِ كقتلِه.

والمسألةُ لا أَظُنُّها تخلو منْ خِلاف؛ لأنه قد يقول قائل: لو ضرب بَطْن الحامِلِ فسقطَ الجنينُ فقد يبقى ولا يموتُ، ويكون القاتلُ هو الثَّانيَ.

والأمر هنا لو كانت أسقطتِ الجنينَ وفيه حياةٌ مُستقِرَّة، أمَّا إذا ضَرَبَ بَطنَها وألقتْ جَنينها وفيه حياةٌ غير مستقرَّة، فلَا شَكَّ أنَّ القاتلَ الأوَّل؛ لأنَّ الحركةَ الآن أَصبحتْ كحركةِ المذبُوح.

وَكَذَا لَوْ رَمَى بِهِ صَيْدًا فَأَصَابَ مَقْتَلَهُ، ثُمَّ رَمَاهُ آخَرُ فَمَاتَ، فَالْقَاتِلُ هُوَ الْأَوَّلُ، فَيُبَاحُ الصَّيْدُ بِذَلِكَ، وَالثَّانِي جَانٍ عَلَيْهِ، فَيَضْمَنُ مَا خُرِقَ مِنْ جِلْدِهِ، هَذَا قَوْلُ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ، وَخَرَّجَهُ طَائِفَةٌ عَلَى الخِلَافِ فِي تَحْرِيمِ مَا سَقَطَ بَعْدَ الذَّبْحِ فِي مَاءٍ وَنَحْوِهِ لِإِعَانَتِهِ عَلَى قَتْلِهِ، وَظَاهِرُ كَلَامِ الخِرَقِيِّ تَحْرِيمُهُ هَاهُنَا، فَيَضْمَنُ الثَّانِي قِيمَتَهُ كَامِلَةً، وَيَسْقُطُ مِنْهَا قَدْرُ جُرْحِ الْأَوَّلِ[١].

وَمِنْ صُوَرِ الْقِسْمِ الثَّانِي مَسَائِلُ:

مِنْهَا: لَوْ قَدَّمَ إِلَيْهِ طَعَامًا مَسْمُومًا عَالِـمًا بِهِ، فَأَكَلَهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِالحَالِ، فَالْقَاتِلُ هُوَ المُقَدِّمُ، وَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ أَوِ الدِّيَةُ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَتَلَ الحَاكِمُ حَدًّا أَوْ قِصَاصًا بِشَهَادَةٍ، ثُمَّ أَقَرَّ الشُّهُودُ أَنَّهُمْ تَعَمَّدُوا الْكَذِبَ، فَالضَّمَانُ وَالْقَوَدُ عَلَيْهِمْ دُونَ الحَاكِمِ. وَنَقَلَ أَبُو النَّضْرِ الْعِجْلِيُّ عَنْ أَحْمَدَ إِذَا رَجَمَ الحَاكِمُ بِشَهَادَةِ أَرْبَعَةٍ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّ المَرْجُومَ مَجْبُوبٌ، فَالضَّمَانُ عَلَى الحَاكِمِ، وَهُوَ مُشْكِلٌ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَبَيَّنَ كَذِبُهُمْ بِالْعِيَانِ، فَهُوَ كَإِقْرَارِهِمْ بِتَعَمُّدِ الْكَذِبِ، وَقَدْ يُفَرَّقُ بِأَنَّ المَجْبُوبَ لَا يَخْفَى أَمْرُهُ غَالِبًا، فَالْإِقْدَامُ عَلَى رَجْمِهِ لَا يَخْلُو مِنْ تَفْرِيطٍ، وَبِأَنَّ الشُّهُودَ قَدْ يَشْتَبِهُ عَلَيْهِمْ، فَلَا يَتَحَقَّقُ تَعَمُّدُهُمْ لِلْكَذِبِ.

وَأَمَّا إِنْ تَبَيَّنَ أَنَّ الشُّهُودَ فَسَقَةٌ، أَوْ كُفَّارٌ، وَقُلْنَا: يُنْقَضُ الحُكْمُ،..........

---

[١] الصواب أنَّ الضَّامنَ الأوَّل، وأنه إذا نقص برمي الثَّاني فإنَّه يَضْمَن النقصَ، كما لو خرقَ جِلده وكَانَ جِلده ممَّا يُعْتَد به عادَةً؛ كجِلْدِ الظَّبْي مثلًا، أمَّا إذا كَانَ جِلْدُه ممَّا لا يُعْتَدّ به عادةً كجلدِ الطَّيْر فلا ضمانَ على الثَّاني، لكن لو أفسدَ اللَّحْم بتَمْزيقِه بكثرةِ الإصاباتِ فعليه ضمانُ النَّقص للرَّامي الأوَّل.

وَكَانَ الحَقُّ لِآدَمِيٍّ، فَالضَّمَانُ عَلَى المَحْكُومِ لَهُ، وَإِنْ كَانَ لله تَعَالَى فَلَهُ حَالَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنْ يَسْتَنِدَ الحَاكِمُ فِي قَبُولِ الشَّهَادَةِ إِلَى تَزْكِيَةِ مَنْ زَكَّاهُمْ، وَفِيهِ ثَلاثَةُ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: الضَّمَانُ عَلَى المُزَكِّينَ، قَالَهُ أَبُو الخَطَّابِ، وَصَحَّحَهُ صَاحِبُ الْكَافِي وَالتَّرْغِيبِ؛ لِأَنَّهُمْ أَلْجَئُوا الحَاكِمَ إِلَى الحُكْمِ، وَالحَاكِمُ فَعَلَ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ، وَالشُّهُودُ لَا يَعْتَرِفُونَ بِبُطْلَانِ شَهَادَتِهِمْ، فَتَعَيَّنَ إِحَالَةُ الضَّمَانِ عَلَى المُزَكِّينَ.

وَالثَّانِي: الضَّمَانُ عَلَى الحَاكِمِ وَحْدَهُ، قَالَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي كِتَابِ الشَّهَادَاتِ؛ لِأَنَّهُ مُفَرِّطٌ بِالحُكْمِ بِشَهَادَةِ مَنْ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُمْ، وَحُكْمُهُ يَخْتَصُّ بِالمَحْكُومِ بِهِ، بِخِلَافِ التَّزْكِيَةِ؛ فَإِنَّهَا لَا تَخْتَصُّ بِالمَحْكُومِ بِهِ.

وَالثَّالِثُ: يُخَيَّرُ المُسْتَحِقُّ بَيْنَ تَضْمِينِ مَنْ شَاءَ مِنَ الحَاكِمِ وَالمُزَكِّينَ، وَالْقَرَارُ عَلَى المُزَكِّينَ، قَالَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي كِتَابِ الحُدُودِ، لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ وَجْهِ تَغْرِيمِ كُلٍّ مِنْهُمَا، فَيُخَيَّرُ المُسْتَحِقُّ وَيَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَى المُزَكِّينَ لِإِلْجَائِهِمُ الحَاكِمَ إِلَى الحُكْمِ.

وَحُكِيَ عَنْ أَبِي الخَطَّابِ وَجْهٌ رَابِعٌ: أَنَّ الضَّمَانَ عَلَى الشُّهُودِ، كَمَا لَوْ رَجَعُوا عَنِ الشَّهَادَةِ، وَلَا يَصِحُّ حِكَايَتُهُ عَنْهُ؛ لِتَصْرِيحِهِ بِخِلَافِهِ، وَهُوَ غَيْرُ مُتَّجِهٍ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَعْتَرِفُوا بِبُطْلَانِ شَهَادَتِهِمْ، وَلَا ظَهَرَ كَذِبُهُمْ، بِخِلَافِ الرَّاجِعِينَ عَنِ الشَّهَادَةِ، لَكِنْ ذَكَرَ الْقَاضِي وَأَبُو الخَطَّابِ رِوَايَةً أَنَّهُ لَا يُنْقَضُ الحُكْمُ وَيَضْمَنُ الشُّهُودُ، وَهَذَا ضَعِيفٌ جِدًّا.

وَخَرَّجَ صَاحِبُ المُحَرَّرِ فِي تَعْلِيقِهِ عَلَى الهِدَايَةِ ضَمَانَ الشُّهُودِ مِنْ إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ فِيمَا إِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةٌ بِالزِّنَا، ثُمَّ بَانُوا فُسَّاقًا، فَإِنَّهُمْ يُحَدُّونَ عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَعْتَرِفُوا بِبُطْلَانِ قَوْلِهِمْ، وَهَذَا تَخْرِيجٌ ضَعِيفٌ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ بِالزِّنَا قَذْفٌ فِي المَعْنَى مُوجِبَةٌ لِلْحَدِّ فِي نَفْسِهَا، إِلَّا أَنْ يُوجَدَ مَعَهَا كَمَالُ النِّصَابِ المُعْتَبَرِ، وَلَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ هُنَا، وَلِذَلِكَ يَجِبُ عَلَيْهِمْ حَدُّ الْقَذْفِ، سَوَاءٌ اسْتُوفِيَ مِنَ المَشْهُودِ عَلَيْهِ الحَدُّ أَوْ لَا، وَلَيْسَ المُسْتَوْفَى مِنَ الشَّاهِدِ نَظِيرَ المُسْتَوْفَى مِنَ المَشْهُودِ عَلَيْهِ.

وَأَمَّا الشَّهَادَةُ بِالمَالِ فَلَا يَتَرَتَّبُ عَلَيْهَا ضَمَانٌ إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَنْشَأَ عَنْهَا غُرْمٌ، ثُمَّ يَتَبَيَّنُ بُطْلَانُهَا، إِمَّا بِإِقْرَارِ الشَّاهِدِ أَوْ بِتَبَيُّنِ كَذِبِهَا بِالْعِيَانِ، وَلَمْ يُوجَدْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا.

وَالحَالَةُ الثَّانِيَةُ: أَنْ لَا يَكُونَ ثَمَّ تَزْكِيَةٌ، فَالضَّمَانُ عَلَى الحَاكِمِ وَحْدَهُ، ذَكَرَهُ الخِرَقِيُّ وَالْأَصْحَابُ؛ لِتَفْرِيطِهِ بِقَبُولِ شَهَادَةِ مَنْ لَا تَجُوزُ قَبُولُ شَهَادَتِهِ مِنْ غَيْرِ إِلْجَاءٍ لَهُ إِلَى الْقَبُولِ[١].

---

[١] إذا حَكَمَ الحاكِمُ ورَجَعَ الشُّهودُ، فإنَّ الضَّمانَ على الشُّهودِ.

وإذا حكمَ الحاكِمُ وتبيّن أنَّ الشُّهودَ كفَّار، أو فُسَّاق، ولم يُزكِّهم أحدٌ، فالضَّمانُ على الحاكِمِ.

وإنْ زكّاهم أحدٌ فالضَّمانُ على المزكِّينَ، هذا هو المعروفُ مِنَ المَذْهَب.

وفي قولٍ آخرَ: أنّه على الحاكِم.

وفي قول ثالثٍ: أنه يُخَيَّر مَن له الحقُّ بينَ أنْ يُضَمِّنَ الحاكمَ أو يُضمِّن المُزكِّين.

وفيه قولٌ رابعٌ ضعيفٌ: أنَّ الضَّمانَ على الشُّهودِ.

والأظهر أنَّ الضَّمانَ على المزكِّين؛ لأنَّ الحاكِمَ فَعَل ما يجبُ عليه، فإنه إذا شُهِدَ عنده بحقٍّ وجاء مَن يُزَكِّي الشُّهودَ، فليس له بُدٌّ مِنَ الحُكْم، لَا بُدَّ أنْ يحكمَ، فما عُذْرُه عندَ اللهِ وعندَ الناسِ إذا لم يَحْكُمْ وقد تمَّتْ شُرُوطُ الحُكْمِ.

وأمَّا الشُّهودُ فلا ضمانَ عليهمْ؛ لأنَّ الشُّهودَ لم يَرْجِعوا، فكيف نُضَمِّنُهُم على شَهادَتِهِمْ، إذن بَقِيَ الضَّمانُ على الحاكِمِ.

ونقول: كيف يُضَمَّن الحاكمُ وهو جالسٌ يَحْكُمُ بينَ الناسِ، وجاء صاحبُ الحقِّ بشهودٍ وطعنَ فيهم المحكومُ عليهم أو المشهودُ عليهم، وجاء ناسٌ يُزَكُّون عليهم، فنقول: يجب عليه أنْ يحكمَ، فإذا حَكَمَ فقد قامَ بما يَجِب عليه، وهل يُمكِن أن نُضَمِّنَ مَن قام بما يجبُ عليه؟ لا يُمْكِن، إذن لا ضمانَ على الحاكِمِ؛ لأنه قام بما يَجِبُ عليه مِنَ الحُكْمِ، فقد تحاكمَ إليه رجلانِ وأتى أَحَدُهما بالشُّهودِ، وطعنَ فيهم المشهودُ عليه، وأتى بمُزَكِّين، وبناءً على هذه التَّزكيةُ قُبِلَ، وحَكَمَ بذلك الحاكِم، فماذا عليه، لو قلنا: إنَّ الضَّمانَ على الحاكمِ في هذه الحالِ ما حكم حاكمٌ بشيءٍ، إذن لا ضمانَ على الحاكمِ.

إذنْ هل على الشُّهود الَّذِين اتَّضَحَ أنَّهم فَسَقَةٌ أو كفَّارٌ ضمانٌ؟ لا ضمانَ عليهم؛ لأن الشُّهودَ يقولونَ: نحنُ إلى الآن نَشهَد ولم نَرجِعْ عن شَهادتنا، إذن بقِي المزكُّونَ؛ لأن حُكْم الحاكمِ تَرتَّبَ على المزكِّين، فلولا تَزْكِيَةُ المُزَكِّينَ ما حَكَمَ الحاكِمُ، ولهذا نقول: القولُ الرّاجحُ في هذه المسألةِ أنَّ الضَّمانَ على المُزَكِّينَ.

وَمِنْهَا: الْمُكْرَهُ عَلَى إِتْلَافِ مَالِ الْغَيْرِ، وَفِي الضَّمَانِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ عَلَى الْمُكْرِهِ وَحْدَهُ، لَكِنْ لِلْمُسْتَحِقِّ مُطَالَبَةُ الْمُتْلِفِ وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْمُكْرِهِ؛ لِأَنَّهُ مَعْذُورٌ فِي ذَلِكَ الْفِعْلِ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ الضَّمَانُ، بِخِلَافِ الْمُكْرَهِ عَلَى الْقَتْلِ فَإِنَّهُ غَيْرُ مَعْذُورٍ، فَلِهَذَا شَارَكَهُ فِي الضَّمَانِ، وَبِهَذَا جَزَمَ الْقَاضِي فِي كِتَابِ الْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّهْيِ عَنِ الْمُنْكَرِ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي عُمَدِ الْأَدِلَّةِ.

وَالثَّانِي: عَلَيْهِمَا بِالضَّمَانِ كَالدِّيَةِ، صَرَّحَ بِهِ فِي التَّلْخِيصِ، وَذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي بَعْضِ تَعَالِيقِهِ احْتِمَالًا، وَعَلَّلَ بِاشْتِرَاكِهِمَا فِي الْإِثْمِ، وَهَذَا تَصْرِيحٌ بِأَنَّ الْإِكْرَاهَ لَا يُبِيحُ إِتْلَافَ مَالِ الْغَيْرِ، وَكَانَ فَرْضُ الْكَلَامِ فِي الْوَدِيعَةِ.

وَحَكَى احْتِمَالًا آخَرَ: أَنَّ الضَّمَانَ عَلَى الْمُتْلِفِ وَحْدَهُ، كَمَا لَوِ اضْطُرَّ إِلَى طَعَامِ الْغَيْرِ فَأَكَلَهُ، وَهَذَا ضَعِيفٌ جِدًّا ؛ لِأَنَّ الْمُضْطَرَّ لَمْ يُلْجِئْهُ إِلَى الْإِتْلَافِ مَنْ يُحَالُ الضَّمَانُ عَلَيْهِ.

وَلَوْ أُكْرِهَ عَلَى تَسْلِيمِ الْوَدِيعَةِ إِلَى غَيْرِ الْمَالِكِ فَقَالَ الْقَاضِي: لَا ضَمَانَ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِإِتْلَافٍ[1].

---

[١] هذه المسألة إذا أُكْرِه إنسانٌ على مالِ الغيرِ فأَتْلَفَهُ، فعلى مَن يكون الضَّمانُ؟

الجواب: فيه وجهانِ، وفيه ثلاثةُ أقوالٍ، قِيلَ: إنَّ الضَّمانَ على الـمُكْرِهِ، وإنْ ضُمِّنَ الْمُكْرَهُ الَّذِي هو الْمُتْلِفُ رَجَعَ بالضَّمانِ على مَن أَكْرَهه.

وأمَّا في القَتل فإذا أُكْرِهَ على قتلِ شخصٍ فالضَّمانُ عليهما جميعًا، أي على الْمُكْرِه والْمُكْرَه، والفرقُ بينهما أنَّ حُرمةَ النفسِ أعظمُ مِنْ حُرمةِ المالِ، فإذا أُكْرِهَ على قتلِ

وَكَذَا ذَكَرَهُ فِي بَعْضِ تَعَالِيقِهِ، وَصَرَّحَ بِهِ فِي الْمُجَرَّدِ مُفَرِّقًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْإِكْرَاهِ عَلَى الْقَتْلِ؛ بِأَنَّ الْقَتْلَ لَا يُعْذَرُ فِيهِ بِالْإِكْرَاهِ، بِخِلَافِ هَذَا، وَهَذَا التَّعْلِيلُ يَشْمَلُ الْإِتْلَافَ أَيْضًا. وَتَابَعَ ابْن عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ وَصَاحِب الْمُغْنِي وَالْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ.

شخصٍ فإنه لا يجوزُ أنْ يُتْلِفَه لإبقاءِ نفسِهِ، يعني لو قال قائل: اقتلْ هذا الرَّجُلَ أو قَتَلْتُكَ، فلا يجوز أنْ يقتلَهُ، فإنه سوفَ يقتلُ نَفْسًا لإبقاءِ نفسِهِ.

أمَّا المال فإنَّ حُرمتَهُ أهونُ، فلهذا كَانَ الضَّمانُ على المُكْرِه.

والحقيقةُ أنَّ الإكراهَ على نوعينِ:

تارَةً يكون المُكْرَه كالآلةِ في يدِ المُكْرِهِ، بأنْ يأخذَهُ ويَضرِب به شَخصًا فيموت، فالضَّمان هنا على المكْرِهِ ؛ لأنَّ المُكْرَهَ صارَ بيدِهِ كالآلةِ، أو يقتل شخصًا مثلًا ويُلقيه على مالِ الغَير فينكسِر، فلَا شَكَّ أنَّ الضَّمان على المُكْرِه؛ لأنَّ الثَّانيَ صار كالآلةِ.

وأمَّا مع الاختيارِ فإنَّ الأقربَ أنْ يكونَ الضَّمان على المُكْرَه؛ لأنَّ المكرِهَ مُتَسَبِّب، والمُكْرَه مباشِر، والقاعدةُ أنه إذا اجتمعَ المباشِر والمتسبِّب وأمكنَ إحالةُ الضَّمانِ على المباشِر فالضَّمانُ على المباشِرِ؛ لأنه أشدُّ في جرأتِهِ على هذا العُدوان.

والمؤلف ذكرَ الفرقَ بين المُكْرَه على القتلِ والمُكْرَه على إتلافِ المالِ. وقياسه على المُضْطَرّ إلى طعام الغَير؛ لأنَّ المضطرَّ ليس هناك أحد أَلْجَأَهُ إلى أكْلِ مالِ الغَيرِ، إنما دَعَتْهُ الضَّرورةُ، وأمَّا المُكْرَه فهناكَ مَن ألجأهُ إلى إتلافِ مالِ الغيرِ، فهذا هو الفرق بينهما.

وَفِي شَرْحِ الْـهِدَايَةِ لِأَبِي الْبَرَكَاتِ: الْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ، كَمَا لَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ الدَّارَ فَدَخَلَهَا مُكْرَهًا.

وَفِي الْفَتَاوَى الرَّجَبِيَّاتِ عَنْ أَبِي الْخَطَّابِ وَابْنِ عَقِيلٍ الضَّمَانُ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّهُ افْتَدَى بِهَا ضَرَرَهُ.

وَعَنِ ابْنِ الزَّاغُونِيِّ أَنَّهُ إِنْ أُكْرِهَ عَلَى التَّسْلِيمِ بِالتَّهْدِيدِ وَالْوَعِيدِ فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ، وَلَا إِثْمَ، وَإِنْ نَالَهُ الْعَذَابُ فَلَا إِثْمَ وَلَا ضَمَانَ[١].

---

[١] قوله: «وَفِي شَرْحِ الْهِدَايَةِ لِأَبِي الْبَرَكَاتِ» أبو البَرَكَاتِ هو المَجْدُ ابنُ تَيْمِيَّة جَدُّ شيخِ الإسلامِ، أمَّا الهدايةُ فهي لأبي الخَطَّاب الكَلْوَذانِيّ، وأظنُّ عندنا منها نسخة خَطِّيَّة مكتوبة عام ثَمانِمِائة، وإذا رأيت الخطّ تقول: كأنما خُطّ في هذا الأسبوعِ، وهو مكتوبٌ بالحبرِ.

والمعروفُ أنَّ مَنِ افتدى ضَررًا بإتلافِ شيءٍ فعليه الضَّمانُ، قال الله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة:١٩٦]، فهذا المـُحْرِم إذا حلقَ رأسَه ليفتديَ الأذَى كالقَمْلِ كما في حديثِ ابن عُجْرَة(١)، فإنَّ عليه الفِدْيَةَ، معَ أنه حقٌّ لله، وكذلك إذا كَانَ حقًّا للغيرِ من باب أَولى، فلو أنَّ شخصًا أَكْرَهَ آخرَ على فِعْلِ شيءٍ، فقال له: خذْ هذه الألف ريال ودَعْنِي ممَّا أَكْرَهْتَنِي عليه، والألفُ ريالٍ كانت عنده وديعةً، فهل يَضْمَن أو لا؟ الجواب: يَضْمَن؛ لأنَّه افتدى بها ضَرَرَهُ.

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب الطب، باب الحلق من الأذى، رقم (٥٧٠٣)، ومسلم: كتاب الحج، باب جواز حلق الرأس للمحرم إذا كان به أذى، ووجوب الفدية لحلقه، وبيان قدرها، رقم (١٢٠١).

وَأَشَارَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فِي مَسْأَلَةِ الْإِكْرَاهِ عَلَى الْأَكْلِ فِي الصَّوْمِ مِنْ شَرْحِ الْهِدَايَةِ إِلَى خِلَافٍ فِي أَصْلِ جَوَازِ تَضْمِينِ الْمُكْرَهِ عَلَى إِتْلَافِ الْمَالِ، وَقَدْ ذَكَرَ صَاحِبُ الْمُغْنِي فِي الْأَيْمَانِ أَنَّ الْمُحْرِمَ إِذَا قَتَلَ صَيْدًا مُكْرَهًا فَضَمَانُهُ عَلَى الْمُكْرِهِ لَهُ، وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ ثَوْبٍ عَلَى أَنَّ حَافِرَ الْبِئْرِ عُدْوَانًا إِذَا أَكْرَهَهُ السُّلْطَانُ عَلَى الْحَفْرِ لَمْ يَضْمَنْ، لَكِنَّ هَذَا إِكْرَاهٌ عَلَى السَّبَبِ دُونَ الْمُبَاشَرَةِ. وَهَذِهِ النُّقُولُ الثَّلَاثَةُ تَرْجِعُ إِلَى أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ ابْتِدَاءً مَنْ لَا يَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ الضَّمَانُ، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذَلِكَ.

وَأَمَّا الْمُكْرَهَةُ عَلَى الْوَطْءِ فِي الْحَجِّ وَالصِّيَامِ إِذَا أَفْسَدْنَا حَجَّهَا وَصِيَامَهَا، فَهَلْ يَجِبُ عَلَيْهَا الْكَفَّارَةُ فِي مَالِهَا، أَوْ لَا يَجِبُ عَلَيْهَا شَيْءٌ، أَوْ يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ أَنْ يَتَحَمَّلَهَا عَنْهَا؟ عَلَى ثَلَاثِ رِوَايَاتٍ، وَتَأَوَّلَ بَعْضُهُمُ الْأُولَى عَلَى أَنَّهَا تَرْجِعُ بِهَا عَلَى الزَّوْجِ.

وَالْمُكْرَهُ عَلَى حَلْقِ رَأْسِهِ فِي الْإِحْرَامِ تَجِبُ الْفِدْيَةُ عَلَى الْحَالِقِ فِي أَشْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، قَالَهُ أَبُو بَكْرٍ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: عَلَى الْمَحْلُوقِ، يَرْجِعُ بِهَا عَلَى الْحَالِقِ، ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَجْهًا؛ لِأَنَّ حَلْقَ الشَّعْرِ كَالْإِتْلَافِ، وَلِهَذَا يَسْتَوِي عَمْدُهُ وَسَهْوُهُ عَلَى الْمَشْهُورِ.

وَمِنْ صُوَرِ الْقِسْمِ الثَّالِثِ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: الْمُكْرَهُ عَلَى الْقَتْلِ، وَالْمَذْهَبُ اشْتِرَاكُ الْمُكْرِهِ فِي الْقَوَدِ وَالضَّمَانِ؛ لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ لَيْسَ بِعُذْرٍ فِي الْقَتْلِ، وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي بَابِ الرَّهْنِ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ ذَكَرَ أَنَّ الْقَوَدَ عَلَى الْمُكْرَهِ الْمُبَاشِرِ، وَلَمْ يَذْكُرْ عَلَى الْمُكْرِهِ قَوَدًا، قَالَا:

وَالْمَذْهَبُ وُجُوبُهُ عَلَيْهِمَا، كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الشُّهُودِ الرَّاجِعِينَ إِذَا اعْتَرَفُوا بِالْعَمْدِ.

وَقَدْ بَيَّنَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ كَلَامَ أَبِي بَكْرٍ، وَأَنَّهُ قَالَ فِي الْأَسِيرِ: إِذَا أُكْرِهَ عَلَى قَتْلِ مُسْلِمٍ فَقَتَلَهُ فَعَلَيْهِ الْقَوَدُ، وَهَاهُنَا الْمُكْرَهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ حَرْبِيٌّ، فَلِذَلِكَ لَمْ يَذْكُرْ تَضْمِينَهُ، وَذَكَرَ ابْنُ الصَّيْرَفِيِّ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ السَّمَرْقَنْدِيَّ مِنْ أَصْحَابِنَا خَرَّجَ وَجْهًا أَنَّهُ لَا قَوَدَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ رِوَايَةِ امْتِنَاعِ قَتْلِ الْجَمَاعَةِ بِالْوَاحِدِ وَأَوْلَى؛ لِأَنَّ السَّبَبَ هَاهُنَا غَيْرُ صَالِحٍ فِي وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا مُتَسَبِّبٌ وَالْآخَرُ مُلْجَأٌ، وَفِي صُورَةِ الِاشْتِرَاكِ هُمَا مُبَاشِرَانِ مُخْتَارَانِ.

وَمِنْهَا: الْمُمْسِكُ مَعَ الْقَاتِلِ، فَإِنَّهُمَا يَشْتَرِكَانِ فِي الضَّمَانِ وَالْقَوَدِ عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ، وَفِي الْأُخْرَى يَخْتَصُّ الْمُبَاشِرُ بِهِمَا، وَيُحْبَسُ الْمَاسِكُ حَتَّى يَمُوتَ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَفَرَ بِئْرًا عُدْوَانًا فِي الطَّرِيقِ، فَوَضَعَ آخَرُ حَجَرًا إِلَى جَانِبِهَا، فَهَلْ يَخْتَصُّ بِالضَّمَانِ الْوَاضِعُ جَعْلًا لَهُ كَالدَّافِعِ، أَوْ يَشْتَرِكَانِ فِيهِ كَالْمُمْسِكِ وَالْقَاتِلِ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَلَوْ كَانَ الْحَافِرُ غَيْرَ مُتَعَدٍّ فَالضَّمَانُ عَلَى الْوَاضِعِ وَحْدَهُ، وَهِيَ مِنْ صُوَرِ الْقِسْمِ الثَّانِي.

وَمِنْهَا: لَوْ دَلَّ الْمُودَعُ لِصًّا عَلَى الْوَدِيعَةِ فَسَرَقَهَا، فَالضَّمَانِ عَلَيْهِمَا، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ، كَمَا لَوْ دَلَّ الْمُحْرِمُ مُحْرِمًا آخَرَ عَلَى صَيْدٍ فَقَتَلَهُ، وَلَوْ دَلَّ حَلَالًا فَالضَّمَانُ عَلَى الْمُحْرِمِ وَحْدَهُ، وَهِيَ مِنْ صُوَرِ الْقِسْمِ الثَّانِي.

وَمِنْهَا: لَوْ أَحْرَمَ وَفِي يَدِهِ الْمُشَاهَدَةِ صَيْدٌ، وَتَمَكَّنَ مِنْ إِرْسَالِهِ، فَلَمْ يَفْعَلْ حَتَّى قَتَلَهُ مُحْرِمٌ آخَرُ، فَفِيهِ احْتِمَالَانِ، ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ:

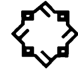
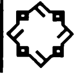
أَحَدُهُمَا: الضَّمَانُ عَلَى الْقَاتِلِ؛ لِأَنَّهُ مُبَاشِرٌ، وَالْأَوَّلُ مُتَسَبِّبٌ غَيْرُ مُلْجِئٍ.

وَالثَّانِي: الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا؛ عَلَى الْأَوَّلِ بِالْيَدِ، وَعَلَى الثَّانِي بِالْمُبَاشَرَةِ.

وَيَتَخَرَّجُ عَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ كُلُّ مَنْ أَتْلَفَ عَيْنًا فِي يَدِ مَنْ هِيَ مَضْمُونَةٌ عَلَيْهِ بِالْيَدِ، هَلْ يَضْمَنُ الْمُتْلِفُ وَحْدَهُ الجَمِيعَ دُونَ صَاحِبِ الْيَدِ، أَوْ يَجُوزُ تَضْمِينُ صَاحِبِ الْيَدِ وَيَرْجِعُ عَلَى الْمُتْلِفِ؟

وَفَرَضَ الْقَاضِي فِي كِتَابِ التَّخْرِيجِ مَسْأَلَةَ الصَّيْدِ فِي حَالَيْنِ: صَادَ أَحَدُهُمَا فِي الحَرَمِ صَيْدًا فَقَتَلَهُ الْآخَرُ فِيهِ، وَذَكَرَ أَنَّ عَلَيْهِمَا جَزَاءَيْنِ كَامِلَيْنِ: أَحَدُهُمَا عَلَى الْقَاتِلِ بِقَتْلِهِ، وَالْآخَرُ عَلَى الْمُمْسِكِ لِتَلَفِهِ فِي يَدِهِ قَبْلَ إِرْسَالِهِ، ثُمَّ يَرْجِعُ الَّذِي فِي يَدِهِ عَلَى الْقَاتِلِ بِمَا غَرِمَهُ؛ لِأَنَّهُ قَرَّرَ عَلَيْهِ ضَمَانًا كَانَ قَادِرًا عَلَى التَّخَلُّصِ مِنْهُ بِالْإِرْسَالِ، وَصَرَّحَ فِي أَثْنَاءِ المَسْأَلَةِ بِأَنَّ المَغْصُوبَ إِذَا أَتْلَفَهُ مُتْلِفٌ فِي يَدِ الْغَاصِبِ كَانَ المَالِكُ مُخَيَّرًا فِي المُطَالَبَةِ لِمَنْ شَاءَ مِنْهُمَا.



الْقَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ المِائَةِ




إذَا اخْتَلَفَ حَالُ المَضْمُونِ فِي حَالَيِ الجِنَايَةِ وَالسِّرَايَةِ.

فَهَاهُنَا أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ:

أَحَدُهَا: أَنْ يَكُونَ مَضْمُونًا فِي الحَالَيْنِ، لَكِنْ يَتَفَاوَتُ قَدْرُ الضَّمَانِ فِيهِمَا، فَهَلِ الِاعْتِبَارُ بِحَالِ السِّرَايَةِ أَوْ حَالِ الجِنَايَةِ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ.

وَالْقِسْمُ الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ مُهْدَرًا فِي الحَالَيْنِ، فَلَا ضَمَانَ بِحَالٍ.

وَالثَّالِثُ: أَنْ تَكُونَ الجِنَايَةُ مُهْدَرَةً، وَالسِّرَايَةُ فِي حَالِ الضَّمَانِ، فَتُهْدَرُ تَبَعًا لِلْجِنَايَةِ بِالِاتِّفَاقِ.

وَالرَّابِعُ: أَنْ تَكُونَ الجِنَايَةُ فِي حَالِ الضَّمَانِ، وَالسِّرَايَةُ فِي حَالِ الْإِهْدَارِ، فَهَلْ يَسْقُطُ الضَّمَانُ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

فَأَمَّا الْقِسْمُ الْأَوَّلُ فَلَهُ أَمْثِلَةٌ، مِنْهَا: لَوْ جَرَحَ ذِمِّيًّا فَأَسْلَمَ ثُمَّ مَاتَ فَلَا قَوَدَ، وَهَلْ يَجِبُ فِيهِ دِيَةُ مُسْلِمٍ أَوْ دِيَةُ ذِمِّيٍّ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

اخْتَارَ الْقَاضِي وَأَبُو الخَطَّابِ وُجُوبَ دِيَةِ ذِمِّيٍّ اعْتِبَارًا بِحَالِ الجِنَايَةِ، وَابْنُ حَامِدٍ وُجُوبَ دِيَةِ مُسْلِمٍ، وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى أَنَّهُ نَصُّ أَحْمَدَ.

وَبِكُلِّ حَالٍ فَالدِّيَةُ تَكُونُ لِوَرَثَتِهِ مِنَ المُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ أَرْشَ جُرْحِهِ حَيًّا فَمَلَكَهُ، ثُمَّ أَسْلَمَ، فَانْتَقَلَ مَا مَلَكَهُ إِلَى وَرَثَتِهِ المُسْلِمِينَ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي

خِلَافِهِ وَأَبُو الخَطَّابِ فِي الِانْتِصَارِ.

وَمِنْهَا: لَوْ جَرَحَ عَبْدًا، ثُمَّ أُعْتِقَ ثُمَّ مَاتَ مِنَ الجُرْحِ، فَهَلْ يَضْمَنُ بِقِيمَتِهِ أَوْ بِدِيَتِهِ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، نَقَلَ حَنْبَلٌ عَنْ أَحْمَدَ: يَضْمَنُهُ بِقِيمَتِهِ، لَا بِالدِّيَةِ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي خِلَافِهِ، وَنَصَرَهُ الْقَاضِي فِي الخِلَافِ أَيْضًا.

وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْهُ فِيمَنْ ضَرَبَ بَطْنَ أَمَةٍ فَأُعْتِقَتْ ثُمَّ أَسْقَطَتْ جَنِينًا حَيًّا، ثُمَّ مَاتَ: هُوَ حُرٌّ، وَعَلَيْهِ دِيَتُهُ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ لَا يَجِبُ إِلَّا بِالْوِلَادَةِ، وَهَذَا اخْتِيَارُ ابْنِ حَامِدٍ.

وَحَكَى عَنْهُ الْقَاضِي أَنَّهُ يَجِبُ أَقَلُّ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيمَةِ الْعَبْدِ أَوِ الدِّيَةِ.

وَحَكَى أَبُو الخَطَّابِ عَنِ الْقَاضِي أَنَّ ابْنَ حَامِدٍ أَوْجَبَ دِيَةَ حُرٍّ لِلْمَوْلَى مِنْهَا أَقَلُّ الْأَمْرَيْنِ مِنْ نِصْفِ الدِّيَةِ، أَوْ نِصْفِ الْقِيمَةِ وَالْبَاقِي لِوَرَثَتِهِ.

وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي الُمجَرَّدِ احْتِمَالًا بِوُجُوبِ أَكْثَرِ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الْقِيمَةِ أَوِ الدِّيَةِ.

وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى أَنَّ الَمنْصُوصَ فِي الذِّمِّيِّ إِذَا أَسْلَمَ وُجُوبُ دِيَةِ مُسْلِمٍ، وَفِي الْعَبْدِ إِذَا عَتَقَ قِيمَةُ عَبْدٍ، ثُمَّ خَرَّجَ الَمسْأَلَةَ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَعَلَى الْأَوَّلِ فَجَمِيعُ الْقِيمَةِ لِلسَّيِّدِ، ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ وَالْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ؛ لِأَنَّ السِّرَايَةَ لَا تَثْبُتُ مُنْفَرِدَةً، وَإِنَّمَا تَجِبُ تَابِعَةً لِلْجِنَايَةِ، وَقَدْ ثَبَتَ أَرْشُ الجُرْحِ لِلسَّيِّدِ حِينَ كَانَ الَمجْرُوحُ عَبْدًا لَا يَمْلِكُ، فَتَتْبَعُ السِّرَايَةُ الجِنَايَةَ، وَيَكُونُ أَرْشُهَا لِمُسْتَحِقِّ أَرْشِ الجِنَايَةِ، وَهُوَ السَّيِّدُ، وَهَكَذَا لَوْ بَاعَهُ الَموْلَى بَعْدَ الجُرْحِ ثُمَّ مَاتَ عِنْدَ الُمشْتَرِي فَالْقِيمَةُ كُلُّهَا لِلْأَوَّلِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي.

وَذَكَرَ ابْنُ الزَّاغُونِيِّ فِي الْإِقْنَاعِ فِيمَا إِذَا قَطَعَ يَدَيْ عَبْدٍ وَقِيمَتُهُ أَلْفَا دِينَارٍ فَأَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ، ثُمَّ مَاتَ، احْتِمَالَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْأَلْفَيْنِ بَيْنَ السَّيِّدِ وَالْوَرَثَةِ نِصْفَيْنِ تَوْزِيعًا لِلْقِيمَةِ عَلَى السِّرَايَةِ وَالجِنَايَةِ.

وَالثَّانِي: يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا؛ لِأَنَّ لِلسَّيِّدِ مَا يُقَابِلُ الْيَدَيْنِ، وَهُوَ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَلِلْوَرَثَةِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَهُوَ بِقَدْرِ نِصْفِ الْقِيمَةِ، وَلَا قِصَاصَ عَلَى الحُرِّ المُسْلِمِ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ وَالَّتِي قَبْلَهَا، لِانْتِفَاءِ المُكَافَأَةِ حَالَ الجِنَايَةِ.

تَنْبِيهٌ: ذَكَرَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ أَنَّ رِوَايَةَ الضَّمَانِ بِدِيَةِ حُرٍّ نَقَلَهَا حَرْبٌ عَنْ أَحْمَدَ، وَتَبِعَهُ صَاحِبُ المُحَرَّرِ، وَزَادَ أَنَّ لِلسَّيِّدِ مِنْهَا أَقَلُّ الْأَمْرَيْنِ، وَلَمْ يَنْقُلْ حَرْبٌ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا نَقَلَ أَنَّهُ ذَكَرَ لَهُ قَوْلَ الزُّهْرِيِّ: يَضْمَنُهُ بِقِيمَةِ مَمْلُوكٍ، فَقَالَ: مَا أَدْرِي كَيْفَ هَذَا؟ وَلَمْ يُجِبْ بِشَيْءٍ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ أَنْكَرَ ضَمَانَهُ بِالْقِيمَةِ، وَإِنَّمَا نَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ يَضْمَنُهُ بِدِيَةِ حُرٍّ كَامِلَةٍ بِاللَّفْظِ الَّذِي زَعَمَ الْقَاضِي أَنَّ حَرْبًا نَقَلَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ ضَرَبَ بَطْنَ أَمَةٍ حَامِلٍ فَأُعْتِقَتْ أَوْ جَنِينُهَا ثُمَّ أَلْقَتْهُ مَيِّتًا، فَهَلْ يَضْمَنُهُ بِغُرَّةِ جَنِينٍ حُرٍّ أَوْ بِقِيمَةِ جَنِينِ أَمَةٍ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَكَذَلِكَ لَوْ ضَرَبَ بَطْنَ نَصْرَانِيَّةٍ حَامِلٍ بِنَصْرَانِيٍّ فَأَسْلَمَتْ، ثُمَّ أَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا، هَلْ يَضْمَنُهُ ضَمَانَ جَنِينٍ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَطَعَ يَدَيْ عَبْدٍ وَقِيمَتُهُ أَلْفَانِ، ثُمَّ سَرَتْ إِلَى نَفْسِهِ وَمَاتَ، وَقِيمَتُهُ أَلْفٌ، فَقَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: قِيَاسُ المَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُهُ بِأَلْفَيْنِ؛ لِأَنَّ نُقْصَانَ

الْقِيمَةِ كَنُقْصَانِ بَدَلِهِ بِالْحُرِّيَّةِ، وَقَدْ قُلْنَا: يَضْمَنُ بِأَلْفَيْنِ إِذَا عَتَقَ، كَذَلِكَ هَاهُنَا، وَهَذَا مَوْضِعٌ مُجْمَعٌ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ مَوْتَهُ حَصَلَ بِقَطْعِ يَدِهِ وَقِيمَتُهُ فِي تِلْكَ الْحَالِ أَلْفَانِ.

وَيَلْتَحِقُ بِهَذَا مَا إِذَا جُرِحَ ذِمِّيٌّ خَطَأً، ثُمَّ أَسْلَمَ وَسَرَى الْجُرْحُ إِلَى النَّفْسِ، وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ مَذْكُورَةٍ فِي الْمُغْنِي وَالْمُحَرَّرِ.

أَحَدُهَا: الدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ حَالَ الْجُرْحِ، وَبِهِ جَزَمَ فِي الْكَافِي وَالْمُحَرَّرِ اعْتِبَارًا بِحَالِ الْجِنَايَةِ.

وَالثَّانِي: عَلَى عَاقِلَتِهِ أَرْشُ الْجُرْحِ وَالزَّائِدُ بِالسِّرَايَةِ فِي مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ بَعْدَ مُخَالَفَتِهِ لِدِينِ عَاقِلَتِهِ.

وَالثَّالِثُ: الدِّيَةُ كُلُّهَا فِي مَالِهِ، كَمَا لَوِ اخْتَلَفَتْ دِيَتُهُ حَالَ الرَّمْيِ وَالْإِصَابَةِ عَلَى مَا يَأْتِي ذِكْرُهُ؛ لِأَنَّ أَرْشَ الْجُرْحِ إِنَّمَا يَسْتَقِرُّ بِالِانْدِمَالِ أَوِ السِّرَايَةِ، وَلَوْ كَانَ الْجَانِي ابْنَ مُعْتَقَةٍ لِقَوْمٍ، ثُمَّ أَنْجَزَ وَلَاءَهُ إِلَى مَوَالِي أَبِيهِ، فَفِي الْمُحَرَّرِ هُوَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ، وَفِي الْكَافِي: الدِّيَةُ فِي مَالِهِ، وَلَمْ يَذْكُرْ خِلَافًا.

وَأَمَّا الْقِسْمُ الثَّانِي فَمِنْ أَمْثِلَتِهِ:

مَا إِذَا جَرَحَ عَبْدًا حَرْبِيًّا ثُمَّ عَتَقَ ثُمَّ مَاتَ، أَوْ جَرَحَ عَبْدًا مُرْتَدًّا ثُمَّ مَاتَ، فَلَا ضَمَانَ؛ لِأَنَّ الْحَرْبِيَّ وَالْمُرْتَدَّ لَا يَضْمَنُ؛ حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا.

وَأَمَّا الْقِسْمُ الثَّالِثُ فَلَهُ أَمْثِلَةٌ:

مِنْهَا: لَوْ جَرَحَ حَرْبِيًّا ثُمَّ أَسْلَمَ ثُمَّ مَاتَ فَلَا ضَمَانَ.

وَمِنْهَا: لَوْ جَرَحَ مُرْتَدًّا ثُمَّ أَسْلَمَ ثُمَّ مَاتَ فَلَا ضَمَانَ أَيْضًا. وَذَكَرَ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ أَنَّ الضَّمَانَ هُنَا مُخَرَّجٌ عَلَى الضَّمَانِ فِيمَا إِذَا طَرَأَ الْإِسْلَامُ بَعْدَ الرَّمْيِ وَقَبْلَ الْإِصَابَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ جَرَحَ صَيْدًا فِي الحِلِّ، ثُمَّ دَخَلَ الحَرَمَ فَمَاتَ فِيهِ، فَلَا ضَمَانَ، وَيَحِلُّ أَكْلُهُ ذَكَاةً فِي الحِلِّ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي.

وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ، وَقَدْ سَأَلَهُ عَنْ قَوْلِ سُفْيَانَ فِي صَيْدٍ دُمِّيٍّ فِي الحِلِّ فَتَحَامَلَ فَدَخَلَ الحَرَمَ فَمَاتَ، قَالَ: لَيْسَ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ، وَيُكْرَهُ أَكْلُهُ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ فِي الحَرَمِ. قَالَ أَحْمَدُ: مَا أَحْسَنَ مَا قَالَ! وَهَذِهِ الْكَرَاهَةُ كَرَاهَةُ تَنْزِيهٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ جَرَحَ عَبْدَ نَفْسِهِ ثُمَّ عَتَقَ ثُمَّ مَاتَ، فَهَلْ يَضْمَنُهُ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، ذَكَرَهُمَا فِي التَّرْغِيبِ؛ لِأَنَّ عَبْدَ نَفْسِهِ إِنَّمَا يُهْدَرُ ضَمَانُهُ عَلَى السَّيِّدِ دُونَ غَيْرِهِ، فَهُوَ مَضْمُونٌ فِي الجُمْلَةِ، بِخِلَافِ الْمُرْتَدِّ وَالحَرْبِيِّ.

وَظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي أَنَّهُ يَضْمَنُهُ بِدِيَةِ حُرٍّ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ أَنَّ الضَّمَانَ بِالْقِيمَةِ فَلَا إِشْكَالَ فِي عَدَمِ ضَمَانِهِ، وَلِهَذَا خَرَّجَهُ صَاحِبُ الْكَافِي عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي الِاعْتِبَارِ بِحَالِ الجِنَايَةِ أَوِ السِّرَايَةِ.

وَأَمَّا الْقِسْمُ الرَّابِعُ فَلَهُ أَمْثِلَةٌ:

مِنْهَا: لَوْ جَرَحَ مُسْلِمًا أَوْ قَطَعَ يَدَهُ عَمْدًا فَارْتَدَّ ثُمَّ مَاتَ فَهَلْ يَجِبُ الْقَوَدُ فِي طَرَفِهِ أَمْ لَا؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، الْمُرَجَّحُ مِنْهُمَا عَدَمُهُ؛ لِأَنَّ الجِرَاحَةَ صَارَتْ نَفْسًا لَا قَوَدَ فِيهَا بِالِاتِّفَاقِ، وَفِي التَّرْغِيبِ أَصْلُ الْوَجْهَيْنِ الخِلَافُ فِيمَا إِذَا قَطَعَ يَدَهُ عَمْدًا فَسَرَتْ

إِلَى نَفْسِهِ، هَلْ يُقْتَصُّ فِي الطَّرَفِ ثُمَّ فِي النَّفْسِ أَمْ فِي النَّفْسِ فَحَسْبُ؟

وَعَلَى وَجْهِ ثُبُوتِ الْقَوَدِ هَلْ يَسْتَوْفِيهِ الْإِمَامُ أَوْ وَلِيُّهُ الْمُسْلِمُ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، وَالْمَحْكِيُّ عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّهُ يَسْتَوْفِيهِ الْوَلِيُّ.

قَالَ فِي التَّرْغِيبِ: أَصْلُهُمَا أَنَّ مَالَهُ هَلْ هُوَ فَيْءٌ أَوْ لِوَرَثَتِهِ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْآمِدِيِّ.

قَالَ فِي التَّرْغِيبِ: وَعَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ الْوَارِثَ يَسْتَوْفِيهِ لَوْ عَفَا عَلَى مَالٍ لَمْ يَكُنْ لَهُ الْمَالُ لِامْتِنَاعِ إِرْثِهِ.

وَفِي الْمُحَرَّرِ الْوَجْهَانِ عَلَى قَوْلِنَا: مَالُهُ فَيْءٌ، وَأَمَّا ضَمَانُ طَرَفِهِ فَفِيهِ وَجْهَانِ:

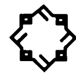
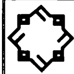
أَحَدُهُمَا: لَا ضَمَانَ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ صَارَتْ نَفْسًا مُهْدَرَةً.

وَالثَّانِي: يَضْمَنُ؛ لِثُبُوتِ ضَمَانِ الطَّرَفِ قَبْلَ الرِّدَّةِ.

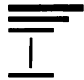
ثُمَّ هَلْ يَضْمَنُ بِأَقَلِّ الْأَمْرَيْنِ مِنْ دِيَةِ النَّفْسِ أَوِ الطَّرَفِ أَوْ بِدِيَةِ الطَّرَفِ مُطْلَقًا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، الْمُرَجَّحُ مِنْهُمَا الْأَوَّلُ، وَلَمْ يَذْكُرْ فِي الْمُحَرَّرِ سِوَاهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ جَرَحَ صَيْدًا فِي الْحَرَمِ فَخَرَجَ إِلَى الْحِلِّ فَمَاتَ؛ لَزِمَهُ كَمَالُ ضَمَانِهِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي خِلَافَيْهِمَا تَغْلِيبًا لِضَمَانِ الصَّيْدِ حَيْثُ كَانَ لَهُ حَالَانِ يَضْمَنُ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ، كَالْمُتَوَلِّدِ بَيْنَ مَأْكُولٍ وَغَيْرِهِ، وَيَتَوَجَّهُ أَنْ يَضْمَنَ أَرْشَ جُرْحِهِ خَاصَّةً مِنَ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا.

⌘ ⌑ ⌘


الْقَاعِدَةُ التَّاسِعَةُ وَالْعِشْرُونَ بَعْدَ المِائَةِ



إِذَا تَعَيَّنَ حَالُ المَرْمِيِّ أَوِ الرَّامِي بَيْنَ الرَّمْيِ وَالْإِصَابَة، فَهَل الِاعْتِبَار بِحَالِ الْإِصَابَةِ أَمْ بِحَالَةِ الرَّمْيِ، أَمْ يُفَرَّقُ بَيْن الْقَوَدِ وَالضَّمَانِ، أَمْ بَيْن أَنْ يَكُون الرَّمْيُ مُبَاحًا أَوْ مَحْظُورًا؟

فِيهِ لِلْأَصْحَابِ أَوْجُهٌ، وَيَتَفَرَّعُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: لَوْ رَمَى مُسْلِمٌ ذِمِّيًّا أَوْ حُرٌّ عَبْدًا، فَلَمْ يَقَعْ بِهِمَا السَّهْمُ حَتَّى أَسْلَمَ الذِّمِّيُّ وَعَتَقَ الْعَبْدُ، ثُمَّ مَاتَا، فَهَلْ يَجِبُ الْقَوَدُ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَجِبُ، وَهُوَ قَوْلُ الخِرَقِيِّ وَابْنِ حَامِدٍ، وَصَحَّحَهُ الْقَاضِي لِفَقْدِ التَّكَافُؤِ حِينَ الجِنَايَةِ، وَهُوَ حَالَةُ الْإِرْسَالِ، فَهُوَ كَمَا لَوْ رَمَى إِلَى مُرْتَدٍّ فَأَسْلَمَ قَبْلَ الْإِصَابَةِ.

وَالثَّانِي: يَجِبُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ، وَأَخَذَهُ مِمَّا رَوَى الحَسَنُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ الحَارِثِ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَجُلٍ أَرْسَلَ سَهْمًا عَلَى زَيْدٍ فَأَصَابَ عَمْرًا، قَالَ: هُوَ عَمْدٌ، عَلَيْهِ الْقَوَدُ، فَاعْتَبَرَ الرَّمْيُ المَحْظُورُ إِذَا أَصَابَ بِهِ مَعْصُومًا، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ المَقْصُودِ.

وَفَرَّقَ أَبُو بَكْرٍ بَيْنَ رَمْيِ الْمُرْتَدِّ وَالذِّمِّيِّ بِأَنَّ رَمْيَ الْمُرْتَدِّ مُبَاحٌ، وَرَدَّهُ الْقَاضِي بِأَنَّ رَمْيَهُ لِلْإِمَامِ، لَا إِلَى آحَادِ النَّاسِ، فَهُوَ غَيْرُ مُبَاحٍ لِآحَادِهِمْ.

وَأَمَّا النَّصُّ الْمَذْكُورُ فَلَمْ يُجِبْ عَنْهُ الْقَاضِي، وَيُمْكِنُ الْجَوَابُ عَنْهُ بِأَنَّهُ قَصَدَ هُنَاكَ مُكَافِئًا وَأَصَابَ نَظِيرَهُ، وَهُنَا لَمْ يَقْصِدْ مُكَافِئًا.

وَقَدْ خَرَّجَ صَاحِبُ الْكَافِي وُجُوبَ الْقِصَاصِ فِي مَسْأَلَةِ النَّصِّ عَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ، وَقَدْ تَبَيَّنَ أَنَّهَا أَصْلُهُ.

وَأَمَّا صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فَجَعَلَهُ خَطَأً بِغَيْرِ خِلَافٍ؛ لِأَنَّهُ أَصَابَ مَنْ لَمْ يَقْصِدْهُ، فَأَشْبَهَ مَا إِذَا قَصَدَ صَيْدًا، وَهَذَا ضَعِيفٌ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ مَعْصُومًا فَأَصَابَ نَظِيرَهُ، بِخِلَافِ مَنْ قَصَدَ صَيْدًا.

وَلِهَذَا لَوْ قَصَدَ صَيْدًا مُعَيَّنًا فَأَصَابَ غَيْرَهُ حَلَّ، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَمَى هَدَفًا يَعْلَمُهُ فَأَصَابَ صَيْدًا فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ.

أَمَّا لَوْ ظَنَّ الْهَدَفَ صَيْدًا فَأَصَابَ صَيْدًا فَوَجْهَانِ، وَقَدْ يَتَخَرَّجُ هَاهُنَا مِثْلُهُمَا لَوْ رَمَى هَدَفًا يَظُنُّهُ آدَمِيًّا مَعْصُومًا فَأَصَابَ آدَمِيًّا مَعْصُومًا غَيْرَهُ؛ لِأَنَّ أَصْلَ الرَّمْيِ كَانَ مَحْظُورًا، فَهَذَا الْكَلَامُ فِي الْقَوَدِ.

وَأَمَّا الضَّمَانُ فَيَضْمَنُهُ بِدِيَةِ حُرٍّ، ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ وَالْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ، وَلَمْ يَحْكُوا فِيهِ خِلَافًا، حَتَّى نَقَلَ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ اتِّفَاقَ الْأَصْحَابِ عَلَى ذَلِكَ اعْتِبَارًا بِحَالَةِ الْإِصَابَةِ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا أَصَابَ حُرًّا مُسْلِمًا، وَتَكُونُ دِيَةُ الْمُعْتَقِ لِوَرَثَتِهِ دُونَ السَّيِّدِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي.

وَمِنْهَا: لَوْ رَمَى إِلَى مُرْتَدٍّ أَوْ إِلَى حَرْبِيٍّ فَأَسْلَمَا، ثُمَّ وَصَلَ إِلَيْهِمَا السَّهْمُ فَقَتَلَهُمَا فَلَا قَوَدَ بِغَيْرِ خِلَافٍ؛ لِأَنَّ دَمَهُمَا حَالَ الرَّمْيِ كَانَ مُهْدَرًا، وَهَلْ يَجِبُ الضَّمَانُ؟

فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: وُجُوبُهُ فِيهِمَا، قَالَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَالْآمِدِيُّ وَأَبُو الخَطَّابِ فِي مَوْضِعٍ مِن الْهِدَايَةِ، وَعَزَاهُ غَيْرُ وَاحِدٍ إِلَى الخِرَقِيِّ اعْتِبَارًا بِحَالَةِ الْإِصَابَةِ، وَهُمَا حِينَئِذٍ مُسْلِمَانِ مَعْصُومَانِ، وَلَا أَثَرَ لِانْتِفَاءِ الْعِصْمَةِ حَالَ السَّبَبِ، كَمَا لَوْ حَفَرَ بِئْرًا لَهُمَا فَوَقَعَا فِيهَا بَعْدَ إِسْلَامِهِمَا، فَإِنَّهُ يَضْمَنُهُمَا بِغَيْرِ خِلَافٍ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ، قَالَ الْقَاضِي: وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ رَمْيَ الحَرْبِيِّ وَالْمُرْتَدِّ مُبَاحٌ مُطْلَقًا، بَلْ هُوَ مُرَاعًى، فَإِنْ أَسْلَمَ قَبْلَ الْوُقُوعِ تَبَيَّنَّا أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مُبَاحًا.

وَالثَّانِي: لَا ضَمَانَ فِيهِمَا، وَهُوَ أَشْهَرُ، وَحَكَاهُ الْقَاضِي فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي بَكْرٍ فِي الْمُرْتَدِّ، وَقَالَ: لَا خِلَافَ فِيهِ فِي الْمَذْهَبِ؛ لِأَنَّ رَمْيَهُمَا كَانَ مَأْمُورًا بِهِ، وَقَدْ حَصَلَ عَلَى وَجْهٍ لَا يُمْكِنُ تَلَافِيهِ، فَأَشْبَهَ مَا إِذَا جَرَحَهُمَا ثُمَّ أَسْلَمَا.

وَالثَّالِثُ: يَضْمَنُ الْمُرْتَدُّ دُونَ الحَرْبِيِّ، وَأَصْلُ هَذَا الْوَجْهِ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنِ عَقِيلٍ وَأَبِي الخَطَّابِ فِي مَوْضِعٍ مِنَ الْهِدَايَةِ، أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ الحَرْبِيُّ بِغَيْرِ خِلَافٍ؛ وَفِي الْمُرْتَدِّ وَجْهَانِ.

وَالْفَرْقُ أَنَّ الْمُرْتَدَّ قَتْلُهُ إِلَى الْإِمَامِ؛ فَالرَّامِي إِلَيْهِ مُتَعَدٍّ، وَهُوَ كَالرَّامِي إِلَى الذِّمِّيِّ، بِخِلَافِ الحَرْبِيِّ فَإِنَّ لِكُلِّ أَحَدٍ قَتْلَهُ، فَرَمْيُهُ لَيْسَ بِعُدْوَانٍ.

أَمَّا عَكْسُهُ، وَهُوَ لَـمَّا رَمَى إِلَى مَعْصُومٍ فَأَصَابَهُ السَّهْمُ، وَهُوَ مُهْدَرٌ، كَمُسْلِمٍ ارْتَدَّ، وَذِمِّيٍّ نَقَضَ الْعَهْدَ بَيْنَ الرَّمْيِ وَالْإِصَابَةِ، فَلَا ضَمَانَ بِغَيْرِ خِلَافٍ أَعْلَمُهُ بَيْنَ الْأَصْحَابِ؛ لِأَنَّ الْإِصَابَةَ لَمْ تُصَادِفْ مَعْصُومًا، فَهُوَ كَمَا لَوْ رَمَى مَعْصُومًا فَأَصَابَهُ السَّهْمُ بَعْدَ مَوْتِهِ.

وَكَذَلِكَ لَوْ رَمَى عَبْدًا قِيمَتُهُ عِشْرُونَ دِينَارًا فَأَصَابَهُ السَّهْمُ، وَقِيمَتُهُ عَشَرَةٌ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُهُ بِقِيمَتِهِ وَقْتَ الْإِصَابَةِ، لَا وَقْتَ الرَّمْيِ، بِغَيْرِ خِلَافٍ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ رَمَى الذِّمِّيُّ سَهْمًا إِلَى صَيْدٍ فَأَصَابَ آدَمِيًّا، وَقَدْ أَسْلَمَ الرَّامِي، فَقَالَ الْآمِدِيُّ: يَجِبُ ضَمَانُهُ فِي مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مُسْلِمًا حَالَ الرَّمْيِ لِتَعْقِلَهُ عَاقِلَتُهُ الْمُسْلِمُونَ، وَلَا يَجِبُ عَلَى عَاقِلَتِهِ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ؛ لِأَنَّهُ حِينَ الْإِصَابَةِ كَانَ مُسْلِمًا، وَبِذَلِكَ جَزَمَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ وَالْكَافِي، وَكَذَلِكَ حكَمَ مَا إِذَا رَمَى ابْنَ مُعْتَقَةٍ فَلَمْ يُصِبْ حَتَّى أُنْجِزَ وَلَاؤُهُ إِلَى مَوَالِي أَبِيهِ.

وَلَوْ رَمَى مُسْلِمًا سَهْمًا ثُمَّ ارْتَدَّ ثُمَّ أَصَابَ سَهْمُهُ فَقَتَلَ، فَهَلْ تَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ اعْتِبَارًا بِحَالِ الْإِصَابَةِ، أَمْ عَلَى عَاقِلَتِهِ اعْتِبَارًا بِحَالِ الرَّمْيِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ذَكَرَهُمَا صَاحِبُ الْمُسْتَوْعِبِ.

وَيُخَرَّجُ مِنْهَا فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ الْأَوَّلَتَيْنِ وَجْهَانِ أَيْضًا:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الضَّمَانَ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ وَمَوَالِي الْأُمِّ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ وَمَوَالِي الْأَبِ.

وَمِنْهَا: لَوْ رَمَى الْحَلَالُ إِلَى صَيْدٍ، ثُمَّ أَحْرَمَ قَبْلَ أَنْ يُصِيبَهُ، ضَمِنَهُ، وَلَوْ رَمَى الْمُحْرِمُ إِلَى صَيْدٍ، ثُمَّ أَحَلَّ قَبْلَ الْإِصَابَةِ، لَمْ يَضْمَنْهُ، اعْتِبَارًا بِحَالِ الْإِصَابَةِ، فِيمَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي الْجِنَايَاتِ.

قَالَ: وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِ أَحْمَدَ فِيمَنْ رَمَى طَيْرًا عَلَى غُصْنٍ فِي الْحِلِّ أَصْلُهُ فِي الْحَرَمِ، أَنْ يَضْمَنَ هُنَا فِي الْمَوْضِعَيْنِ؛ تَغْلِيبًا لِلضَّمَانِ، انْتَهَى.

وَيَتَخَرَّجُ عَدَمُ الضَّمَانِ فِيمَا إِذَا رَمَى وَهُوَ مُحِلٌّ ثُمَّ أَحْرَمَ مِنْ عَدَمِ ضَمَانِ الحَرْبِيِّ إِذَا أَسْلَمَ قَبْلَ الْإِصَابَةِ، اعْتِبَارًا بِإِبَاحَةِ الرَّمْيِ، إِلَّا أَنْ يُفَرَّقَ بِأَنَّ قَصْدَ الْإِحْرَامِ عَقِيبَ الرَّمْيِ سَبَبٌ إِلَى الجِنَايَةِ عَلَى الصَّيْدِ فِيهِ، وَلَا سِيَّمَا إِنْ قَصَدَ الرَّمْيَ قَبْلَ الْإِحْرَامِ لِذَلِكَ.

وَمِنْهَا: لَوْ رَمَى الحَلَالُ مِن الحِلِّ صَيْدًا فِي الحَرَمِ فَقَتَلَهُ فَعَلَيْهِ ضَمَانُهُ عَلَى المَنْصُوصِ.

قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِي رَجُلٍ رَمَى صَيْدًا فِي الحِلِّ فَأَصَابَهُ فِي الحَرَمِ؛ قَالَ: عَلَيْهِ جَزَاؤُهُ.

وَقَالَ أَيْضًا فِي رِوَايَتِهِ وَذُكِرَ لَهُ قَوْلَ سُفْيَانَ: لَوْ رَمَى شَيْئًا فِي الحِلِّ فَدَخَلَتْ رَمْيَتُهُ فِي الحَرَمِ فَأَصَابَتْ شَيْئًا ضَمِنَ؛ لِأَنَّ يَدَهُ الَّتِي جَنَتْ، قَالَ أَحْمَدُ: مَا أَحْسَنَ مَا قَالَ!

وَكَذَلِكَ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِي شَجَرَةٍ فِي الحِلِّ غُصْنُهَا فِي الحَرَمِ عَلَيْهِ طَيْرٌ لَا يُرْمَى، وَلَمْ يُفَصِّلْ بَيْنَ رَمْيِهِ مِنَ الحِلِّ وَالحَرَمِ.

وَبِهَذَا جَزَمَ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ سِوَاهُ؛ لِأَنَّهُ صَيْدٌ مَعْصُومٌ بِمَحَلِّهِ، فَلَا يُبَاحُ قَتْلُهُ بِكُلِّ حَالٍ، وَفِيهِ الضَّمَانُ.

وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَأَبُو الخَطَّابِ وَجَمَاعَةٌ رِوَايَةً أُخْرَى أَنَّهُ لَا يَضْمَنُهُ اعْتِبَارًا بِحَالِ الرَّامِي وَمَحَلِّهِ وَهُوَ ضَعِيفٌ، وَلَا يَثْبُتُ عَنْ أَحْمَدَ، وَإِنَّمَا أَخَذَهُ الْقَاضِي فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِي إِبَاحَةِ الِاصْطِيَادِ بِالْكَلْبِ وَإِرْسَالِهِ مِنَ الحَرَمِ إِلَى الحِلِّ.

قَالَ: فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ مَتَى كَانَ أَحَدُهُمَا فِي الحِلِّ وَالْآخَرُ فِي الحَرَمِ فَلَا ضَمَانَ، وَلَا يَصِحُّ لِوَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ النَّصَّ فِي الْكَلْبِ، وَالْكَلْبُ لَهُ فِعْلٌ اخْتِيَارِيٌّ، فَإِذَا أَرْسَلَهُ فِي الحَرَمِ عَلَى صَيْدٍ فِي الحِلِّ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ وَكَّلَ عَبْدَهُ فِي الحَرَمِ فِي شِرَاءِ صَيْدٍ مِنَ الحِلِّ وَذَبحَهُ فِيهِ.

وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَرْسَلَ سَهْمَهُ؛ لِأَنَّهُ مَنْسُوبٌ إِلَى فِعْلِهِ، وَلِهَذَا فَرَّقَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ بَيْنَ أَنْ يُرْسِلَ سَهْمَهُ مِن الحِلِّ إِلَى صَيْدٍ فِي الحِلِّ فَيَدْخل الحَرَمَ فَيُقْتَلَ فِيهِ فَيَضْمَنُهُ، وَبَيْنَ أَنْ يُرْسِلَ الْكَلْبَ فَلَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ دُخُولَ الْكَلْبِ إِلَى الحَرَمِ بِاخْتِيَارِهِ، وَدُخُولَ السَّهْمِ لِفِعْلِ الرَّامِي، وَلِهَذَا لَوْ أَصَابَ سَهْمٌ آدَمِيًّا لَضَمِنَهُ، وَلَوْ أَصَابَ الْكَلْبُ آدَمِيًّا لَمْ يَضْمَنْهُ.

وَإِلَى هَذَا التَّفْرِيقِ أَشَارَ ابْنُ أَبِي مُوسَى حَيْثُ ضَمَّنَ فِي رَمْيِ السَّهْمِ فِي المَسْأَلَتَيْنِ وَلَمْ يُضَمِّنْ فِي صَيْدِ الْكَلْبِ إِذَا أَرْسَلَهُ فِي الحِلِّ فَصَادَ فِي الحَرَمِ، إِلَّا أَنْ يُرْسِلَهُ بِقُرْبِ الحَرَمِ.

وَأَمَّا إِنْ أَرْسَلَهُ فِي الحَرَمِ فَصَادَ فِي الحِلِّ فَحَكَى فِيهِ رِوَايَتَيْنِ. قَالَ: وَالْأَظْهَرُ عَنْهُ أَنَّهُ لَا جَزَاءَ فِيهِ، وَلَكِنَّ الْقَاضِيَ إِنَّمَا صَرَّحَ بِالخِلَافِ فِي الْكَلْبِ، وَأَبُو الخَطَّابِ هُوَ الَّذِي طَرَدَ الخِلَافَ فِي السَّهْمِ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّ هَذَا النَّصَّ إِنَّمَا يَدُلُّ عَلَى انْتِفَاءِ الضَّمَانِ فِيمَا إِذَا أَرْسَلَ سَهْمَهُ مِنَ الحَرَمِ عَلَى صَيْدٍ فِي الحِلِّ؛ لِأَنَّ صَيْدَ الحِلِّ غَيْرُ مَعْصُومٍ، فَلَا يَصِحُّ إِلْحَاقُ صَيْدِ الحَرَمِ بِهِ، وَقَدْ فَرَّقَ طَوَائِفُ مِنَ الْأَصْحَابِ بَيْنَ الصُّورَتَيْنِ، فَمِنْهُمْ

مَنْ جَزَمَ بِنَفْيِ الضَّمَانِ فِيمَا إِذَا أَرْسَلَ سَهْمَهُ مِنَ الحَرَمِ إِلَى الحِلِّ، وَبِالضَّمَانِ فِي الْعَكْسِ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ حَكَاهُ فِيهِمَا، وَهُوَ فِي المُبْهِجِ لِلشِّيرَازِيِّ.

وَمِنْهُمْ مَنْ حَكَى الخِلَافَ فِيهِمَا، وَصَحَّحَ الْفَرْقَ، وَهُوَ صَاحِبُ الْمُغْنِي، وَمِنْهُمْ مَنْ حَكَى الخِلَافَ فِيمَا إِذَا أَرْسَلَ سَهْمَهُ مِنَ الحَرَمِ إِلَى الحِلِّ، وَلَمْ يَحْكِ الخِلَافَ فِي ضَمَانِ عَكْسِهِ، وَهُوَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَأَخْذُ نَفْيِ الضَّمَانِ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ المَذْكُورَةِ، وَالضَّمَانُ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ أَيْضًا عَنْ أَحْمَدَ فِيمَنْ قَتَلَ صَيْدًا عَلَى غُصْنٍ فِي الحِلِّ أَصْلُهُ فِي الحَرَمِ أَنَّهُ يَضْمَنُهُ.

وَفِي أَخذ الضَّمَانِ مِنْ هَذَا نَظَرٌ؛ فَإِنَّ الْغُصْنَ تَابِعٌ لِمَحَلٍّ مَعْصُومٍ، وَهُوَ أَصْلُ الشَّجَرَةِ الَّذِي فِي الحَرَمِ، فَكَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الحَرَمِ، بِخِلَافِ الحِلِّ، وَلِهَذَا لَمْ يُفَرِّقْ أَحْمَدُ بَيْنَ قَتْلِهِ مِنَ الحِلِّ أَوْ مِنَ الحَرَمِ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ حُكْمَ الْغُصْنِ عِنْدَهُ حُكْمُ الحَرَمِ.

وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْهُ أَيْضًا، وَذَكَرَ لَهُ قَوْلَ سُفْيَانَ فِي شَجَرَةٍ أَصْلُهَا فِي الحِلِّ وَأَغْصَانُهَا فِي الحَرَمِ، وَعَلَيْهِ طَيْرٌ، فَرَمَاهُ إِنْسَانٌ فَصَرَعَهُ، قَالَ: مَا كَانَ فِي الحِلِّ فَلْيَرْمِ، وَمَا كَانَ فِي الحَرَمِ فَلَا يَرْمِ. قَالَ أَحْمَدُ: مَا أَحْسَنَ مَا قَالَ!

فَجَعَلَ الْقَاضِي هَذِهِ رِوَايَةً ثَانِيَةً مُخَالِفَةً لِلْأُولَى، وَحَكَى فِي الصَّيْدِ الَّذِي عَلَى غُصْنٍ فِي الحِلِّ أَصْلُهُ فِي الحَرَمِ رِوَايَتَيْنِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ، فَإِنَّ أَحْمَدَ ضَمَّنَ الصَّيْدَ فِي الْأُولَى إِلْحَاقًا لِلْفَرْعِ بِأَصْلِهِ فِي الحُرْمَةِ، وَلَمْ يُضَمِّنْ فِي الثَّانِيَةِ إِلْحَاقًا لِلْفَرْعِ بِأَصْلِهِ فِي عَدَمِ الحُرْمَةِ، وَإِنَّمَا ضَمَّنَ مَا كَانَ عَلَى الْغُصْنِ تَابِعًا لِقَرَارِهِ مِن الْأَرْضِ دُونَ أَصْلِهِ، وَهُوَ مُخَالِفٌ لِنَصِّ أَحْمَدَ.

وَمِنْهَا: هَل الاِعْتِبَارُ بِحَالِ الصَّيْدِ بِأَهْلِيَّةِ الرَّامِي وَسَائِرِ الشُّرُوطِ حَالَ الرَّمْيِ أَوِ الْإِصَابَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: الاِعْتِبَارُ بِحَالِ الْإِصَابَةِ، وَبِهِ جَزَمَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي كِتَابِ الجِنَايَاتِ، وَأَبُو الخَطَّابِ فِي رُءُوسِ المَسَائِلِ.

فَلَوْ رَمَى وَهُوَ مُحْرِمٌ أَوْ مُرْتَدٌّ أَوْ مَجُوسِيٌّ، ثُمَّ وَقَعَ السَّهْمُ بِالصَّيْدِ وَقَدْ حَلَّ أَوْ أَسْلَمَ حَلَّ أَكْلُهُ، وَلَوْ كَانَ بِالْعَكْسِ لَمْ يَحِلَّ، وَقَدْ سَبَقَ الخِلَافُ فِي الْمُحْرِمِ.

وَالثَّانِي: الاِعْتِبَارُ بِحَالِ الرَّامِي، قَالَهُ الْقَاضِي فِي كِتَابِ الصَّيْدِ، وَأَخَذَهُ مِنْ نَصِّ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ يُوسُفَ بْنِ أَبِي مُوسَى فِي رَجُلٍ رَمَى بِنُشَّابٍ وَسَمَّى، فَمَاتَ الرَّامِي قَبْلَ أَنْ يُصِيبَ، فَلَا بَأْسَ بِأَكْلِهِ إِذَا رَمَاهُ بِمَا يَجْرَحُ، وَفَرَّعَ عَلَيْهِ مَا إِذَا رَمَيَاهُ جَمِيعًا فَأَصَابَهُ سَهْمُ أَحَدِهِمَا أَوَّلًا فَأَثْخَنَهُ، ثُمَّ أَصَابَهُ سَهْمُ الْآخَرِ فَقَتَلَهُ، أَنَّهُ يَجُوزُ أَكْلُهُ؛ لِأَنَّ الثَّانِيَ أَرْسَلَ سَهْمَهُ قَبْلَ امْتِنَاعِهِ وَالْقُدْرَةِ عَلَيْهِ.

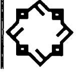
قَالَ: وَقَدْ أَوْمَأَ إِلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الحَكَمِ فِي رَجُلَيْنِ رَمَيَا صَيْدًا فَأَصَابَاهُ جَمِيعًا، فَإِنْ كَانَا قَدْ ذَكَّيَاهُ جَمِيعًا أَكَلَاهُ.

قَالَ الْقَاضِي: مَعْنَاهُ إِذَا كَانَا رَمَيَاهُ جَمِيعًا بِمَا لَهُ حَدٌّ، وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ أَنْ يَتَقَدَّمَ إِصَابَةُ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ أَوْ يَتَأَخَّرَ. انْتَهَى.

وَمِمَّا يَتَفَرَّعُ عَلَى ذَلِكَ: التَّسْمِيَةُ، فَإِنَّهَا تُشْتَرَطُ عِنْدَ الْإِرْسَالِ، وَلَوْ سَمَّى بَعْدَ إِرْسَالِهِ فَإِنَّ الزَّجْرَ بِالتَّسْمِيَةِ، وَزَادَ جريه كفى، وَإِلَّا فَلَا، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ المَيْمُونِيِّ.

وَقَالَ الْقَاضِي فِي كِتَابِ الجِنَايَاتِ: إِنَّمَا اعْتُبِرَتِ التَّسْمِيَةُ وَقْتَ الْإِرْسَالِ لِمَشَقَّةِ مَعْرِفَتِهِ وَقْتَ الْإِصَابَةِ. وَهَذَا مُشْعِرٌ بِأَنَّهُ لَوْ سَمَّى عِنْدَ الْإِصَابَةِ مَعَ الْعِلْمِ بِهَا لَأَجْزَأَ.






الْقَاعِدَةُ الثَّلاثُونَ بَعْدَ المِائَةِ



المَسْكَنُ وَالخَادِمُ وَالمَرْكَبُ المُحْتَاجُ إِلَيْهِ لَيْسَ بِمَالٍ فَاضِلٍ يَمْنَعُ أَخْذَ الزَّكَوَاتِ، وَلَا يَجِبُ فِيهِ الحَجُّ وَالْكَفَّارَاتُ، وَلَا يُوَفِّي مِنْهُ الدُّيُونَ وَالنَّفَقَاتِ، نَصَّ عَلَى ذَلِكَ أَحْمَدُ فِي مَسَائِلَ:

مِنْهَا: الزَّكَاةُ، قَالَ أَبُو دَاوُد: سُئِلَ أَحْمَدُ عَنْ رَجُلٍ لَهُ دَارٌ، يَقْبَلُ مِنَ الزَّكَاةِ؟ قَالَ: نَعَمْ. قُلْتُ: هِيَ دَارٌ وَاسِعَةٌ؟ قَالَ: أَرْجُو أَنْ لَا يَكُونَ بِهِ بَأْسٌ. قِيلَ لَهُ: فَإِنْ كَانَ لَهُ خَادِمٌ؟ قَالَ: أَرْجُو. قِيلَ: لَهُ فَرَسٌ؟ قَالَ: إِنْ كَانَ يَغْزُو عَلَيْهِ فِي سَبِيلِ اللهِ فَأَرْجُو أَنْ لَا يَكُونَ بِهِ بَأْسٌ.

وَقَالَ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ: سُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللهِ عَنْ رَجُلٍ عِنْدَهُ جَارِيَةٌ تُسَاوِي مِائَةَ دِينَارٍ، يَحْتَاجُ إِلَيْهَا لِلْخِدْمَةِ، يَأْخُذُ مِنَ الزَّكَاةِ؟ قَالَ نَعَمْ.

وَسُئِلَ عَنِ الدَّارِ، قَالَ: إِذَا لَمْ يَكُنْ فَضْلٌ كَثِيرٌ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ يُعْطَى.

وَقَالَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الحَكَمِ: يُعْطَى مِنَ الزَّكَاةِ صَاحِبُ المَسْكَنِ، وَإِنْ كَانَ لَهُ مَسْكَنٌ يَفْضُلُ عَنْهُ.

وَيَتَفَرَّعُ عَلَى هَذَا: أَنَّ الْعَرْضَ الَّذِي لَا يُبَاعُ عَلَى المُفْلِسِ فِي دَيْنِهِ، إِذَا كَانَ يَفِي بِدَيْنِ صَاحِبِهِ، وَبِيَدِهِ نِصَابٌ، فَإِنَّهُ لَا يُجْعَلُ الدَّيْنُ فِي مُقَابَلَتِهِ حَتَّى يُزَكِّيَ النِّصَابَ بِغَيْرِ خِلَافٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ صَرْفُهُ إِلَى جِهَةِ الدَّيْنِ وَوَفَائِهِ مِنْهُ.

وَأَمَّا مَا يُبَاعُ عَلَى الْمُفْلِسِ فَهَلْ يُجْعَلُ الدَّيْنُ فِي مُقَابَلَتِهِ وَيُزَكِّي النِّصَابَ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: الحَجُّ، قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَة المَيْمُونِيِّ: إِذَا كَانَ المَسْكَنَ وَالمَسْكَنَيْنِ وَالخَادِمَ أَوِ الشَّيْءَ الَّذِي يَعُودُ بِهِ عَلَى عِيَالِهِ، فَلَا يُبَاعُ، إِذَا كَانَ كِفَايَةً لِأَهْلِهِ.

وَقَدْ يَكُونُ المَنَازِلُ يُكْرِيهَا إِنَّمَا هِيَ قُوتُهُ وَقُوتُ عِيَالِهِ، فَإِذَا خَرَجَ عَنْ كِفَايَتِهِ وَمُؤْنَتِهِ وَمُؤْنَةِ عِيَالِهِ بَاعَ.

وَالضَّيْعَةُ مِثْلُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ فَضْلًا عَنِ المُؤْنَةِ بَاعَهُ.

وَقَالَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الحَكَمِ: إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ أَرْضٌ، فَلَا أَرَى أَنْ يَبِيعَ وَيَحُجَّ، وَلَا يَجِبُ المَسْكَنُ وَالخَادِمُ فِي مِلْكِهِ، أَوْ بِيَدِهِ نَقْدٌ يُرِيدُ شِرَاءَهُمَا بِهِ فِي هَذَا الْبَابِ.

وَمِنْهَا: المُفْلِسُ، وَلِأَحْمَدَ فِيهِ نُصُوصٌ كَثِيرَةٌ، أَنَّهُ لَا يُبَاعُ المَسْكَنُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِ فَضْلٌ، فَيُبَاعُ الْفَضْلُ، وَيُتْرَكُ لَهُ بِقَدْرِ الحَاجَةِ مِنْهُ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ أَبِي الحَارِثِ وَأَبِي طَالِبٍ.

وَأَمَّا الخَادِمُ فَلَا يُبَاعُ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ مُحْتَاجًا إِلَيْهِ لِزَمَنٍ أَوْ كِبَرٍ أَوْ حَاجَةٍ غَيْرِهِمَا، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللهِ وَأَبِي طَالِبٍ وَغَيْرِهِمَا.

وَقَالَ فِي رِوَايَةِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ سَعِيدٍ: إِذَا كَانَ مَسْكَنًا وَاسِعًا نَفِيسًا، أَوْ خَادِمًا نَفِيسًا، يَشْتَرِي لَهُ مَا يُقِيمُهُ، وَيَجْعَلُ سَائِرَهُ لِلْغُرَمَاءِ. وَكَذَلِكَ نَقَلَ عَنْهُ مُوسَى بْنُ سَعِيدٍ.

وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الخَادِمُ وَالمَسْكَنُ فِي مِلْكِهِ، أَوْ يَحْتَاجُ إِلَيْهِمَا، فَيُتْرَكُ لَهُ ثَمَنُهُمَا عَلَى ظَاهِرِ كَلَامِ الْأَصْحَابِ، فَإِنَّهُمْ قَالُوا: لَوْ كَانَ مَسْكَنُهُ وَثِيَابُهُ عَيْنَ مَالِ

رَجُلٍ يَرْجِعُ بِهَا، وَتَرَكَ لَهُ بَدَلَهَا مِنْ بَقِيَّةِ الْمَالِ لِيَشْتَرِيَ لَهُ مِنْهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ مِنْ جِنْسِهَا؛ لِأَنَّ حَقَّ الْغَرِيمِ يَتَعَلَّقُ بِعَيْنِ مَالِهِ، بِخِلَافِ الْمُفْلِسِ؛ فَإِنَّ حَاجَتَهُ تَنْدَفِعُ بِغَيْرِهَا، أَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمُفْلِسِ سِوَاهَا، وَهِيَ عَيْنُ مَالِ رَجُلٍ، وَكَانَ الشِّرَاءُ قَبْلَ الْإِفْلَاسِ، لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ فَفِي الْكَافِي يَحْتَمِلُ أَنْ يُؤْخَذَ مِنْهُ؛ لِئَلَّا يُؤَدِّيَ إِلَى الْحِيلَةِ عَلَى أَخْذِ أَمْوَالِ النَّاسِ.

وَمِنْهَا: الشَّرِيكُ فِي عَبْدٍ إِذَا أَعْتَقَ حِصَّتَهُ، وَلَيْسَ لَهُ سِوَى دَارٍ وَخَادِمٍ، فَهُوَ مُعْسِرٌ، لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ سِوَى حِصَّتِهِ، وَلَا يُبَاعُ ذَلِكَ فِي قِيمَةِ حِصَّةِ شَرِيكِهِ.

قَالَ ابْنُ مَنْصُورٍ: قُلْت لِأَحْمَدَ: مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا فِي عَبْدٍ ضَمِنَ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ؟ قَالَ: عَتَقَ كُلُّهُ فِي مَالِهِ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ.

قُلْت: كَمْ قَدْرُ الْمَالِ؟ قَالَ: لَا يُبَاعُ فِيهِ دَارٌ وَلَا رِبَاعٌ، وَلَمْ يَقُمْ لِي عَلَى شَيْءٍ مَعْلُومٍ.

قَالَ الْقَاضِي: مَعْنَاهُ لَا يُبَاعُ مَا لَا غِنَى لَهُ عَنْ سُكْنَاهُ؛ كَالْمُفْلِسِ.

وَمِنْهَا: التَّكْفِيرُ بِالْمَالِ، لَا يُبَاعُ فِيهِ الْمَسْكَنُ وَالْخَادِمُ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ وَقَالُوا: يُبَاعُ فِيهِ الْفَاضِلُ عَنْ ذَلِكَ، حَتَّى لَوْ كَانَ لَهُ رَقَبَةٌ نَفِيسَةٌ يُمْكِنُ أَنْ يُشْتَرَى بِثَمَنِهَا رَقَبَتَانِ، فَيَسْتَغْنِي بِخِدْمَةِ أَحَدِهِمَا وَيُعْتِقُ الْأُخْرَى، لَزِمَهُ ذَلِكَ، وَهَكَذَا الدَّارُ وَالْمَلَابِسُ.

وَأَمَّا إِنْ وَجَبَ عَلَيْهِ التَّكْفِيرُ، وَلَهُ خَادِمٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ، ثُمَّ احْتَاجَ إِلَيْهِ قَبْلَ التَّكْفِيرِ، فَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ جَزَمَ هُنَا بِلُزُومِ الْعِتْقِ؛ لِأَنَّهُ بِمَثَابَةِ مَنْ كَانَ مُوسِرًا حَالَ يَحْنَثُ الْعِتْقِ، ثُمَّ أَعْسَرَ قَبْلَ التَّكْفِيرِ، فَإِنَّ الْعِتْقَ يَسْتَقِرُّ فِي ذِمَّتِهِ.

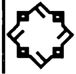
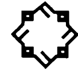
وَمِنْهَا: نَفَقَةُ الْأَقَارِبِ، قَالَ أَبُو طَالِبٍ: قِيلَ لِأَحْمَدَ: فَإِنْ كَانَ لَهُ دَارٌ يَبِيعُهَا وَيُنْفِقُ عَلَى ابْنِهِ؟ قَالَ: لَا بُدَّ لَهُ مِنْ مَسْكَنٍ، إِنْ كَانَ لَهُ فَضْلٌ عَنْ مَسْكَنِهِ فَضْلٌ عَنْ نَفَقَةِ عِيَالِهِ، فَلْيُنْفِقْ عَلَيْهِمْ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ فَضْلٌ وَلَا سَعَةٌ فَلَا يُنْفِقُ عَلَيْهِمْ.

وَصَرَّحَ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ بِأَنَّ نَفَقَةَ الْقَرِيبِ لَا يُبَاعُ فِيهَا إِلَّا مَا يُبَاعُ عَلَى الْمُفْلِسِ فِي دَيْنِهِ، وَهَكَذَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ حُكْمُ الْجِزْيَةِ وَالْخَرَاجِ وَالْعَاقِلَةِ.

وَذَكَرَ الْآمِدِيُّ أَنَّ مَنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ نَفَقَةُ قَرِيبِهِ فَغَيَّبَ مَالَهُ وَامْتَنَعَ مِنْهَا وَوَجَدَ الحَاكِمُ لَهُ عَقَارًا، فَلَهُ بَيْعُهُ وَالنَّفَقَةُ فِيهِ عَلَى أَقَارِبِهِ.

وَكَذَا ذَكَرَ صَاحِبُ الْمُغْنِي فِي نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ وَالْأَوْلَادِ، وَلَعَلَّ الْمُرَادَ بِذَلِكَ الْعَقَارُ الَّذِي لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِلسُّكْنَى، أَوْ أَنَّ هَذَا يَخْتَصُّ بِالْمُمْتَنِعِ مِنَ النَّفَقَةِ مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَيْهَا لِلضَّرُورَةِ، حَيْثُ لَمْ يقدرْ لَهُ عَلَى غَيْرِ عَقَارِهِ.

⁂



الْقَاعِدَةُ الحَادِيَةُ وَالثَّلاثُونَ بَعْدَ المِائَةِ



الْقُدْرَةُ عَلَى اكْتِسَابِ المَالِ بِالْبُضْعِ لَيْسَ بِغِنًى مُعْتَبَرٍ، صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَفَرَّعَ عَلَيْهِ مَسَائِلَ:

مِنْهَا: إِذَا أَفْلَسَتِ المَرْأَةُ، وَهِيَ مِمَّنْ يُرْغَبُ فِي نِكَاحِهَا، لَمْ تُجْبَرْ عَلَى النِّكَاحِ لِأَخْذِ المَهْرِ بِغَيْرِ خِلَافٍ.

وَمِنْهَا: أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهَا نَفَقَةُ الْأَقَارِبِ بِقُدْرَتِهَا عَلَى النِّكَاحِ وَتَحْصِيلِ المَهْرِ.

وَمِنْهَا: أَنَّهُ لَا تُمْنَعُ مِنْ أَخْذِ الزَّكَاةِ بِذَلِكَ أَيْضًا.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ لِمُفْلِسٍ أُمُّ وَلَدٍ لَمْ يُجْبَرْ عَلَى نِكَاحِهَا وَأَخْذِ مَهْرِهَا، وَإِنْ كَانَ يُجْبَرُ عَلَى إِجَارَتِهَا وَأَخْذِ أُجْرَتِهَا.






الْقَاعِدَةُ الثَّانِيَةُ وَالثَّلاثُونَ بَعْدَ المِائَةِ

الْقُدْرَةُ عَلَى اكْتِسَابِ المَالِ بِالصِّنَاعَاتِ غِنًى بِالنِّسْبَةِ إِلَى نَفَقَةِ النَّفْسِ، وَمَنْ تَلْزَمُ نَفَقَتُهُ مِنْ زَوْجَةٍ وَخَادِمٍ، وَهَلْ هُوَ غِنًى فَاضِلٌ عَنْ ذَلِكَ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَيَتفَرَّعُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: الْقَوِيُّ الْمُكْتَسِبُ لَا يُبَاحُ لَهُ أَخْذُ الزَّكَاةِ بِجِهَةِ الْفَقْرِ؛ فَإِنَّهُ غَنِيٌّ بِالِاكْتِسَابِ، وَهَلْ لَهُ الْأَخْذُ لِلْغُرْمِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: لَهُ ذَلِكَ، قَالَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي عُمَدِهِ فِي الزَّكَاةِ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَاهُ فِي المُجَرَّدِ وَالْفُصُولِ فِي بَابِ الْكِتَابَةِ.

وَالثَّانِي: لَا يَجُوزُ، وَبِهِ جَزَمَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ فِي شَرْحِ الْهِدَايَةِ، وَهَذَا الخِلَافُ فِي إِجْبَارِهِ عَلَى التَّكَسُّبِ لِوَفَاءِ دَيْنِهِ كَمَا سَنَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

وَالْأَوَّلُ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ؛ لِأَنَّهُ أَبَاحَ السُّؤَالَ لِلْمُكَاتَبِ، فَقَالَ: هُوَ مغرمٌ، وَيُبَاحُ لَهُ الْأَخْذُ مِنَ الزَّكَاةِ مَعَ قُوَّتِهِ وَاكْتِسَابِهِ، مَعَ أَنَّ دَيْنَهُ لَا يُجْبَرُ عَلَى الْكَسْبِ لِوَفَائِهِ عَلَى المَذْهَبِ، فَمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُجْبَرُ عَلَى الْكَسْبِ لِوَفَائِهِ أَوْلَى بِالْأَخْذِ.

وَمِنْهَا: وُجُوبُ الحَجِّ عَلَى الْقَوِيِّ الْمُكْتَسِبِ، فَإِنْ كَانَ بَعِيدًا عَنْ مَكَّةَ فَالمَذْهَبُ انْتِفَاءُ الْوُجُوبِ، وَإِنْ كَانَ قَرِيبًا فَوَجْهَانِ.

وَقَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: يَتَوَجَّهُ عَلَى أَصْلِنَا فِي الْبَعِيدِ أَنْ يَجِبَ الحَجُّ إِنْ كَانَ

قَادِرًا عَلَى التَّكَسُّبِ فِي طَرِيقِهِ كَمَا يُجْبِرُهُ عَلَى الْكَسْبِ لِوَفَاءِ دَيْنِهِ، وَلَكِنْ يُمْكِنُ بِأَنَّ حُقُوقَ اللهِ مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْمُسَامَحَةِ، بِخِلَافِ حُقُوقِ الْآدَمِيِّينَ، وَلِهَذَا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ التَّكَسُّبُ لِتَحْصِيلِ مَالٍ يَحُجُّ بِهِ وَلَا يُعْتِقُ بِهِ فِي الْكَفَّارَةِ.

وَمِنْهَا: وَفَاءُ الدُّيُونِ، وَفِي إِجْبَارِ الْمُفْلِسِ عَلَى الْكَسْبِ لِلْوَفَاءِ رِوَايَتَانِ مَشْهُورَتَانِ.

فَأَمَّا الْمُكَاتَبُ فَلَا يُجْبَرُ عَلَى الْكَسْبِ لِوَفَاءِ دَيْنِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ الْمَشْهُورِ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ ضَعِيفٌ، وَخَرَّجَ ابْنُ عَقِيلٍ وَجْهًا بِالْوُجُوبِ كَسَائِرِ الدُّيُونِ.

وَمِنْهَا: أَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى الْكَسْبِ بِالْحِرْفَةِ يَمْنَعُ وُجُوبَ نَفَقَتِهِ عَلَى أَقَارِبِهِ، صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَكَذَا ذَكَرَ صَاحِبُ الْكَافِي وَغَيْرُهُ.

وَأَمَّا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ حِرْفَةٌ، وَهُوَ صَحِيحٌ، فَهَلْ تَجِبُ لَهُ النَّفَقَةُ؟ حَكَى أَبُو الْخَطَّابِ رِوَايَتَيْنِ، وَخَصَّهُمَا الْقَاضِي بِغَيْرِ الْعَمُودَيْنِ، وَأَوْجَبَ نَفَقَةَ الْعَمُودَيْنِ مُطْلَقًا مَعَ عَدَمِ الْحِرْفَةِ، وَفَرَّقَ فِي زَكَاةِ الْفِطْرِ مِنَ الْمُجَرَّدِ بَيْنَ الْأَبِ وَغَيْرِهِ، وَأَوْجَبَ النَّفَقَةَ لِلْأَبِ بِكُلِّ حَالٍ، وَشَرَطَ فِي الِابْنِ وَغَيْرِهِ الزَّمَانَةَ.

وَأَمَّا وُجُوبُ النَّفَقَةِ عَلَى أَقَارِبِهِ مِنَ الْكَسْبِ، فَصَرَّحَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَفِي الْمُجَرَّدِ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي مُفْرَدَاتِهِ، وَابْنُ الزَّاغُونِيِّ وَالْأَكْثَرُونَ بِالْوُجُوبِ.

قَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: كَلَامُ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَوْلَادِ وَغَيْرِهِمْ مِنَ الْأَقَارِبِ.

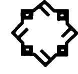
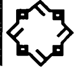
وَخَرَّجَ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ الْمَسْأَلَةَ عَلَى رِوَايَتَيْنِ مِنِ اشْتِرَاطِ انْتِفَاءِ الْحِرْفَةِ

لِلْإِنْفَاقِ، وَهُوَ ضَعِيفٌ، وَأَظْهَرُ مِنْهُ أَنْ يُخَرَّجَ عَلَى الخِلَافِ فِي إِجْبَارَ الْمُفْلِسِ عَلَى الْكَسْبِ لِوَفَاءِ دَيْنِهِ.

وَمِنْهَا: أَنَّ الْفَقِيرَ الْمُكْتَسِبَ هَلْ يَحْتَمِلُ الْعَقْلَ مَعَ الْعَاقِلَةِ؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ.

وَمِنْهَا: الجِزْيَةُ، هَلْ تَجِبُ عَلَى الْفَقِيرِ الْمُكْتَسِبِ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، أَشْهَرُهُمَا الْوُجُوبُ.



الْقَاعِدَةُ الثَّالِثَةُ وَالثَّلَاثُونَ بَعْدَ الْمِائَةِ



يَثْبُتُ تَبَعًا مَا لَا يَثْبُتُ اسْتِقْلَالًا فِي مَسَائِلَ:

مِنْهَا: شَهَادَةُ النِّسَاءِ بِالْوِلَادَةِ، يَثْبُتُ بِهَا النَّسَبُ وَلَا يَثْبُتُ النَّسَبُ بِشَهَادَتِهِنَّ بِهِ اسْتِقْلَالًا.

وَمِنْهَا: شَهَادَةُ النِّسَاءِ عَلَى إِسْقَاطِ الْجَنِينِ بِالضَّرْبَةِ يُوجِبُ الْغُرَّةَ إِنْ سَقَطَ مَيِّتًا، وَالدِّيَةَ إِنْ سَقَطَ حَيًّا.

وَمِنْهَا: شَهَادَةُ امْرَأَةٍ عَلَى الرَّضَاعِ يُقْبَلُ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَيَتَرَتَّبُ عَلَى ذَلِكَ انْفِسَاخُ النِّكَاحِ.

وَمِنْهَا: لَوْ شَهِدَ وَاحِدٌ بِرُؤْيَةِ هِلَالِ رَمَضَانَ، ثُمَّ أَكْمَلُوا الْعِدَّةَ وَلَمْ يَرَوُا الْهِلَالَ، فَهَلْ يُفْطِرُونَ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَشْهَرُهُمَا: لَا يُفْطِرُونَ؛ لِئَلَّا يُؤَدِّيَ إِلَى الْفِطْرِ بِقَوْلٍ وَاحِدٍ.

وَالثَّانِي: بَلَى، وَيَثْبُتُ الْفِطْرُ تَبَعًا لِلصَّوْمِ، وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ: إِنْ كَانَ غَيْمًا أَفْطَرُوا، وَإِلَّا فَلَا.

وَمِنْهَا: لَوْ أَخْبَرَ وَاحِدٌ بِغُرُوبِ الشَّمْسِ جَازَ الْفِطْرُ. وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنِ اقْتَضَى كَلَامُهُ حِكَايَةَ الِاتِّفَاقِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ وَقْتَ الْفِطْرِ تَابِعٌ لِوَقْتِ صَلَاةِ الْمَغْرِبِ، وَلَهُ مَأْخَذٌ آخَرُ، وَهُوَ أَنَّ لِلْغُرُوبِ عَلَيْهِ أَمَارَاتٍ تورثُ ظَنًّا بِانْفِرَادِهَا، فَإِذَا انْضَمَّ

إِلَيْهَا قَوْلُ الثِّقَةِ قَوِيَ، بِخِلَافِ الشَّهَادَةِ بِرُؤْيَةِ هِلَالِ الْفِطْرِ.

وَمِنْهَا: صَلَاةُ التَّرَاوِيحِ لَيْلَةَ الْغَيْمِ تَبَعًا لِلصِّيَامِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

وَذَكَرَ الْقَاضِي احْتِمَالًا بِثُبُوتِ سَائِرِ الْأَحْكَامِ الْمُعَلَّقَةِ بِالشَّهْرِ مِنْ وُقُوعِ الطَّلَاقِ الْمُعَلَّقِ بِهِ وَحُلُولِ آجَالِ الدُّيُونِ، وَهُوَ ضَعِيفٌ هُنَا، نَعَمْ، إِذَا شَهِدَ وَاحِدٌ بِرُؤْيَةِ الْهِلَالِ ثَبَتَ بِهِ الشَّهْرُ، وَتَرَتَّبَتْ عَلَيْهِ هَذِهِ الْأَحْكَامُ، وَإِنْ كَانَتْ لَا تَثْبُتُ بِشَهَادَةٍ وَاحِدَةٍ ابْتِدَاءً، صَرَّحَ بِهِ ابْنُ عَقِيلٍ فِي عُمَدِ الْأَدِلَّةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ بِالطَّلَاقِ عَلَى حَدِيثٍ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ مَا قَالَهُ، فَرَوَاهُ وَاحِدٌ يَثْبُتُ الحَدِيثُ بِهِ، وَقَعَ الطَّلَاقُ، وَإِنْ كَانَ الطَّلَاقُ لَا يَثْبُتُ بِخَبَرِ وَاحِدٍ، ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الْعُمَدِ أَيْضًا. وَيَتَخَرَّجُ عَدَمُ وُقُوعِ الطَّلَاقِ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ مِنَ الْمَسْأَلَةِ الْآتِيَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ بِالطَّلَاقِ أَنَّهُ مَا غَصَبَ شَيْئًا، ثُمَّ ثَبَتَ عَلَيْهِ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ أَوْ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، فَهَلْ يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، وَحَكَاهُمَا الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي كِتَابِ الْقَطْعِ فِي السَّرِقَةِ وَالْآمِدِيُّ رِوَايَتَيْنِ.

وَجَزَمَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ، وَصَاحِبُ الْمُغْنِي بِعَدَمِ الْوُقُوعِ، وَاخْتَارَ السَّامَرِّيُّ الْوُقُوعَ.

وَقَالَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فِي تَعْلِيقِهِ عَلَى الْهِدَايَةِ: وَعِنْدِي أَنَّ قِيَاسَ قَوْلِ مَنْ عَفَا عَنِ الجَاهِلِ وَالنَّاسِي فِي الطَّلَاقِ أَنْ لَا يُحْكَمَ عَلَيْهِ بِهِ، وَلَوْ ثَبَتَ الْغَصْبُ بِرَجُلَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ عَلَّقَ الطَّلَاقَ بِالْوِلَادَةِ، فَشَهِدَ بِهَا النِّسَاءُ، حَيْثُ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُ الْمَرْأَةِ فِي وِلَادَتِهَا، هَلْ يَقَعُ الطَّلَاقُ؟

الْمَشْهُورُ الْوُقُوعُ، وَبِهِ جَزَمَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَتَبِعَهُ الشَّرِيفُ أَبُو حَفْصٍ، وَأَبُو الْمَوَاهِبِ الْعُكْبَرِيُّ، وَأَبُو الْخَطَّابِ، وَالْأَكْثَرُونَ، وَيَشْهَدُ لَهُ نَصُّ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا إِذَا قَالَ لَهَا: إِنْ حِضْتِ فَأَنْتِ وَضَرَّتُكِ طَالِقٌ، فَشَهِدَ النِّسَاءُ بِحَيْضِهَا، طَلُقَتَا جَمِيعًا.

وَخَرَّجَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فِيهِ وَجْهًا آخَرَ، أَنَّهُ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ مِنَ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا.

وَمِنْهَا: لَوِ ادَّعَى الْمُكَاتَبُ إِذَا أَخَّرَ نُجُومَ الْكِتَابَةِ فَأَنْكَرَ السَّيِّدُ، فَأَتَى الْمُكَاتَبُ بِشَاهِدَيْنِ وَيَمِينٍ، أَوْ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ عَلَى مَا قَالَ، فَهَلْ يُعْتَقُ أَمْ لَا؟

قَالَ الْخِرَقِيُّ: يُعْتَقُ، وَلَمْ يَحْكِ صَاحِبُ الْمُغْنِي فِيهِ خِلَافًا، وَحَكَى صَاحِبُ التَّرْغِيبِ فِيهِ وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا وَقَفَ وَقْفًا مُعَلَّقًا بِمَوْتِهِ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ عَلَى الْمَنْصُوصِ فِي رِوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ، وَذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ، وَقَالَ الْقَاضِي: لَا يَصِحُّ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لِأَنَّهَا وَصِيَّةٌ، وَالْوَصَايَا تَقْبَلُ التَّعْلِيقَ.

وَمِنْهَا: الْبَرَاءَةُ الْمُعَلَّقَةُ بِمَوْتِ الْمُبَرِّئِ، تَصِحُّ أَيْضًا لِدُخُولِهَا ضِمْنَهَا فِي الْوَصِيَّةِ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْمَرُّوذِيِّ، وَقَالَهُ الْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ.

وَكَذَا إِبْرَاءُ الْمَجْرُوحِ لِلْجَانِي مِنْ دَمِهِ، أَوْ تَحْلِيلُهُ مِنْهُ، يَكُونُ وَصِيَّةً مُعَلَّقَةً بِمَوْتِهِ. وَهَلْ هِيَ وَصِيَّةٌ لِلْقَاتِلِ؟ عَلَى طَرِيقَيْنِ:

فَعِنْدَ الْقَاضِي هِيَ وَصِيَّةٌ لِلْقَاتِلِ، فَيُخَرَّجُ عَلَى الخِلَافِ فِي الْوَصِيَّةِ، وَعِنْدَ أَبِي بَكْرٍ لَيْسَ الْإِبْرَاءُ وَالْعَفْوُ وَصِيَّةً؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ، لا تَمْلِيكٌ، وَقَالَ الْآمِدِيُّ: هُوَ المَذْهَبُ، قَالَ: وَإِنَّمَا يَكُونُ إِبْرَاءً مَحْضًا قَبْلَ الِانْدِمَالِ، فَأَمَّا بَعْدَهُ فَعَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ: إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَأَنْتِ طَالِقٌ بِأَلْفٍ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي، وَتَدْخُلُ المُعَاوَضَةُ تَبَعًا لِلطَّلَاقِ إِذَا قَبِلَتْهُ، فَإِنَّهُ لا بُدَّ مِنْ قَبُولِهَا.

كَذَلِكَ لَوْ قَالَتْ لَهُ: إِنْ طَلَّقْتَنِي فَلَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ، فَطَلَّقَهَا، بَانَتْ وَلَزِمَهَا الْأَلْفُ.

قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: ذَكَرَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ مَا يَقْتَضِي أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا، وَقَاسَ الشَّيْخُ عَلَيْهِ مَا إِذَا قَالَتْ: إِنْ طَلَّقْتَنِي فَأَنْتَ بَرِيءٌ مِنْ صَدَاقِي، فَطَلَّقَهَا، أَنَّهُ يَبْرَأُ مِنْ صَدَاقِهَا، وَيَقَعُ الطَّلَاقُ بَائِنًا؛ لِأَنَّ تَعْلِيقَ الْإِبْرَاءِ أَقْرَبُ إِلَى الصِّحَّةِ مِنْ تَعْلِيقِ التَّمْلِيكِ؛ لِتَرَدُّدِ الْإِبْرَاءِ بَيْنَ الْإِسْقَاطِ وَالتَّمْلِيكِ، يَقَعُ مُعَلَّقًا فِي الجعَالَةِ وَالسَّبْقِ، فَهَاهُنَا كَذَلِكَ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ: مَنْ أَسْلَمَ عَلَى أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، كُلَّمَا أَسْلَمَتْ وَاحِدَةٌ مِنْكُنَّ فَهِيَ طَالِقٌ، فَهَلْ يَصِحُّ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ اخْتِيَارٌ، وَالِاخْتِيَارُ لَا يَتَعَلَّقُ بِالشَّرْطِ.

وَالثَّانِي: يَصِحُّ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ يَقْبَلُ التَّعْلِيقَ، وَالِاخْتِيَارُ يَثْبُتُ تَبَعًا لَهُ وَضِمْنًا.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ رَجُلٌ لِآخَرَ: أَعْتِقْ عَبْدَكَ عَنِّي، وَعَلَيَّ ثَمَنُهُ. فَقَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: هُوَ اسْتِدْعَاءٌ لِلْعِتْقِ، وَالمِلْكُ يَدْخُلُ تَبَعًا وَضِمْنًا؛ لِضَرُورَةِ وُقُوعِ

الْعِتْقِ لَهُ، وَصَرَّحَ بِأَنَّهُ مِلْكٌ قَهْرِيٌّ، حَتَّى إِنَّهُ يَثْبُتُ لِلْكَافِرِ عَلَى الْمُسْلِمِ إِذَا كَانَ الْعَبْدُ الْمُسْتَدْعَى عِتْقُهُ مُسْلِمًا، وَالْمُسْتَدْعِي كَافِرًا، مَعَ أَنَّهُ مُنِعَ مِنْ شِرَاءِ الْكَافِرِ مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ بِالْمِلْكِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ، حَيْثُ كَانَ الْعَقْدُ مَوْضُوعًا فِيهِ لِلْمِلْكِ دُونَ الْعِتْقِ، وَكَذَلِكَ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِ: سِرَايَةُ عِتْقِ الشَّرِيكِ وَأَوْلَى؛ لِأَنَّهَا إِتْلَافٌ مَحْضٌ يَحْصُلُ بِغَيْرِ اخْتِيَارِ أَحَدٍ وَلَا قَصْدِهِ.

وَيَتَفَرَّعُ عَلَى ذَلِكَ إِذَا أَعْتَقَ الْكَافِرُ الْمُوسِرُ شِرْكًا لَهُ مِنْ عَبْدٍ مُسْلِمٍ، فَإِنَّهُ يَسْرِي، وَلَا يُخَرَّجُ عَلَى الْخِلَافِ فِي شِرَاءِ مُسْلِمٍ يُعْتَقُ عَلَيْهِ بِمِلْكِهِ، كَمَا فَعَلَ أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ.

وَمِنْهَا: صَلَاةُ الْحَاجِّ عَنْ غَيْرِهِ رَكْعَتَيِ الطَّوَافِ، تَحْصُلُ ضِمْنًا وَتَبَعًا لِلْحَجِّ، وَإِنْ كَانَتِ الصَّلَاةُ لَا تَقْبَلُ النِّيَابَةَ اسْتِقْلَالًا، وَقَدْ أَشَارَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ إِلَى هَذَا فِي رِوَايَةِ الشَّالَنْجِيِّ.

وَمِنْهَا: أَنَّ الْوَكِيلَ وَوَصِيَّ الْيَتِيمِ لَهُمَا أَنْ يَبْتَاعَا بِزَائِدٍ عَلَى ثَمَنِ الْمِثْلِ مَا يُتَغَابَنُ بِمِثْلِهَا عَادَةً، وَلَا يَجُوزُ لَهُمَا هِبَةُ ذَلِكَ الْقَدْرِ ابْتِدَاءً، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ، وَلَكِنَّهُمْ جَعَلُوا مَأْخَذَهُ أَنَّ الْمُحَابَاةَ لَيْسَتْ بِبَذْلٍ صَرِيحٍ، وَإِنَّمَا فِيهَا مَعْنَى الْبَذْلِ، وَجَعْلُهَا مِنْ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ أَوْلَى.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ لَهُ أَمَتَانِ، لِكُلٍّ مِنْهُمَا وَلَدٌ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا: وَلَدِي، ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يَتَبَيَّنْ وَلَمْ يُبَيِّنْ وَارِثُهُ، وَلَمْ يُوجَدْ قَافَةٌ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ فَهُوَ حُرٌّ، وَأُمُّهُ مُعْتَقَةٌ بِالِاسْتِيلَادِ، وَإِنْ كَانَ أَقَرَّ أَنَّهُ أَحْبَلَهَا فِي مِلْكِهِ، وَهَلْ يَثْبُتُ نَسَبُ الْوَلَدِ وَيَرِثُهُ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ وَلَا يَرِثُ بِهِ. وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ وَالسَّامَرِّيُّ؛ لِأَنَّ الْقُرْعَةَ لَا مَدْخَلَ لَهَا فِي الْأَنْسَابِ.

قَالَ الْقَاضِي: وَهَذَانِ الْوَجْهَانِ مُخَرَّجَانِ مِنَ الْخِلَافِ فِي دُخُولِ الْقُرْعَةِ فِيمَا إِذَا زَوَّجَ الْوَلِيَّانِ فَلَمْ يُعْلَمِ السَّابِقُ مِنْهُمَا.

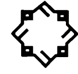
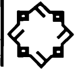
وَالثَّانِي: يَثْبُتُ نَسَبُهُ وَيَرِثُ، وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَصَاحِبُ التَّلْخِيصِ. وَذَكَرَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ أَنَّهُ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ، اسْتَنَدَتْ حُرِّيَّتُهُ إِلَى الْإِقْرَارِ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ عَيَّنَهُ فِي إِقْرَارِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ طَلَّقَ وَاحِدَةً مُعَيَّنَةً مِنْ نِسَائِهِ، ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يُعْلَمْ عَيْنُهَا، أُقْرِعَ بَيْنَهُنَّ، وَأُخْرِجَتِ الْمُطَلَّقَةُ بِالْقُرْعَةِ، وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا عِدَّةُ الْوَفَاةِ، وَتُحْسَبُ لَهَا عِدَّةُ الطَّلَاقِ مِنْ حِينِهِ، وَعَلَى الْبَوَاقِي عِدَّةُ الْوَفَاةِ فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَمَّا ثَبَتَ بِالْقُرْعَةِ تَبِعَهُ لَوَازِمُهُ مِنَ الْعِدَّةِ وَغَيْرِهَا.

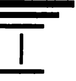
وَقَالَ الْقَاضِي: يَعْتَدُّ الْكُلُّ بِأَطْوَلِ الْأَجَلَيْنِ. وَسَتَأْتِي الْمَسْأَلَةُ فِيمَا بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ الْخُنْثَى الْمُشْكِلُ: أَنَا رَجُلٌ. وَقَبِلْنَا قَوْلَهُ فِي ذَلِكَ فِي النِّكَاحِ، فَهَلْ يَثْبُتُ فِي حَقِّهِ سَائِرُ أَحْكَامِ الرِّجَالِ تَبَعًا لِلنِّكَاحِ، وَيَزُولُ بِذَلِكَ إِشْكَالُهُ، أَمْ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي حُقُوقِ اللهِ تَعَالَى وَفِيمَا عَلَيْهِ مِنْ حُقُوقِ الْآدَمِيِّينَ دُونَ مَالِهِ مِنْهَا؛ لِئَلَّا يَلْزَمَ قَبُولُ قَوْلِهِ فِي اسْتِحْقَاقِهِ بِمِيرَاثِ ذَكَرٍ وَدِيَتِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

⁂

القَاعِدَةُ الرَّابِعَةُ وَالثَّلاثُون بَعْدَ المِائَةِ



المَنْعُ أَسْهَلُ مِنَ الرَّفْعِ، وَيَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ كَثِيرَةٌ جِدًّا:

مِنْهَا: تَخْمِيرُ الخَلِّ ابْتِدَاءً، بِأَنْ يُوضَعَ فِيهَا خَلٌّ يَمْنَعُ تَخْمِيرَهَا، مَشْرُوعٌ، وَتَخْلِيلُهَا بَعْدَ تَخْمِيرِهَا مَمْنُوعٌ.

مِنْهَا: ذَبْحُ الحَيَوَانِ المَأْكُولِ يَمْنَعُ نَجَاسَةَ لَحْمِهِ وَجِلْدِهِ، وَهُوَ مَشْرُوعٌ، وَدَبْغُ جِلْدِهِ بَعْدَ نَجَاسَتِهِ بِالمَوْتِ لَا يُفِيدُ طَهَارَتَهُ عَلَى ظَاهِرِ المَذْهَبِ.

وَمِنْهَا: السَّفَرُ قَبْلَ الشُّرُوعِ فِي الصِّيَامِ يُبِيحُ الْفِطْرَ، وَلَوْ سَافَرَ فِي أَثْنَاءِ يَوْمٍ مِنْ رَمَضَانَ فَفِي اسْتِبَاحَةِ الْفِطْرِ رِوَايَتَانِ، وَالإِتْمَامُ فِيهِ أَفْضَلُ بِكُلِّ حَالٍ.

وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إِنْ نَوَى السَّفَرَ مِنَ اللَّيْلِ ثُمَّ سَافَرَ فِي أَثْنَاءِ النَّهَارِ أَفْطَرَ، وَإِنْ نَوَى السَّفَرَ فِي النَّهَارِ وَسَافَرَ فِيهِ فَلَا يُعْجِبُنِي أَنْ يُفْطِرَ فِيهِ.

وَالْفَرْقُ أَنَّ نِيَّةَ السَّفَرِ مِنَ اللَّيْلِ تَمْنَعُ الْوُجُوبَ إِذَا وجدَ السَّفَرَ فِي النَّهَارِ، فَيَكُونُ الصِّيَامُ قَبْلَهُ مُرَاعًى، بِخِلَافِ مَا إِذَا طَرَأَتِ النِّيَّةُ وَالسَّفَرُ فِي أَثْنَاءِ النَّهَارِ.

وَمِنْهَا: أَنَّ الرَّجُلَ يَمْلِكُ مَنْعَ زَوْجَتِهِ مِنْ حَجِّ النَّذْرِ وَالنَّفْلِ، فَإِنْ شَرَعَتْ فِيهِ بِدُونِ إِذْنِهِ فَفِي جَوَازِ تَحْلِيلِهَا رِوَايَتَانِ.

وَمِنْهَا: أَنَّ وُجُودَ المَاءِ بَعْدَ التَّيَمُّمِ وَقَبْلَ الشُّرُوعِ فِي الصَّلَاةِ يَمْنَعُ الدُّخُولَ فِيهَا بِالتَّيَمُّمِ، وَلَوْ دَخَلَ فِيهَا بِالتَّيَمُّمِ ثُمَّ وَجَدَ المَاءَ، فَهَلْ يُبْطِلُ الصَّلَاةَ أَمْ لَا؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَكَذَلِكَ الخِلَافُ فِي الْقُدْرَةِ عَلَى نِكَاحِ الحُرَّةِ بَعْدَ نِكَاحِ الْأَمَةِ، هَلْ يَبْطُلُ نِكَاحُهَا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ.

وَنَمْنَعُهُ ابْتِدَاءً، وَكَذَلِكَ فِي الْقُدْرَةِ عَلَى كَفَّارَةِ الظِّهَارِ بِالْعِتْقِ بَعْدَ الشُّرُوعِ فِي الصِّيَامِ لَا يُوجِبُ الِانْتِقَالَ عَلَى الصَّحِيحِ، وَقَبْلَهُ يُوجِبُ.

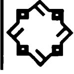
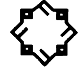
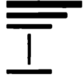
مِنْهَا: أَنَّ المَرْأَةَ تَمْلِكُ مَنْعَ نَفْسِهَا حَتَّى تَقْبِضَ صَدَاقَهَا، فَإِنْ سَلَّمَتْ نَفْسَهَا ابْتِدَاءً قَبْلَ قَبْضِ الصَّدَاقِ، فَهَلْ تَمْلِكُ الِامْتِنَاعَ بَعْدَ ذَلِكَ حَتَّى تَقْبِضَهُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَكَذَلِكَ اخْتَارَ صَاحِبُ المُغْنِي فِي الْبَيْعِ أَنَّ الْبَائِعَ يَمْلِكُ الِامْتِنَاعَ عَنْ تَسْلِيمِ المَبِيعِ حَتَّى يَقْبِضَ ثَمَنَهُ، فَإِذَا سَلَّمَهُ لَمْ يَمْلِكِ اسْتِرْجَاعَهُ، وَمَنَعَ المُشْتَرِيَ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ وَالحَجْرِ عَلَيْهِ، مُسْتَنِدًا إِلَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ، وَهُوَ خِلَافُ مَا قَالَهُ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ فِي مَسْأَلَةِ الحَجْرِ الْغَرِيبِ.

وَمِنْهَا: اخْتِلَافُ الدِّينِ المَانِعُ مِنَ النِّكَاحِ يَمْنَعُهُ ابْتِدَاءً، وَلَا يَفْسَخُهُ فِي الدَّوَامِ عَلَى الْأَشْهَرِ، بَلْ يَقِفُ الْأَمْرُ عَلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فِيهِ.

وَمِنْهَا: الْإِسْلَامُ يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ الرِّقِّ وَلَا يَرْفَعُهُ بَعْدَ حُصُولِهِ، وَإِنَّمَا اسْتَرَقَّ وَلَدُ الْأَمَةِ المُسْلِمَةِ لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنْهَا، فَهُوَ فِي مَعْنَى اسْتِدَامَةِ الرِّقِّ عَلَى المُسْلِمِ، وَأَمَّا الْأَسْرَى إِذَا أَسْلَمُوا قَبْلَ الِاسْتِرْقَاقِ فَإِنَّمَا جَازَ اسْتِرْقَاقُهُمْ لِانْعِقَادِ سَبَبِهِ فِي الْكُفْرِ انْعِقَادًا تَامًّا، فَاسْتَنَدَ إِلَى سَبَبٍ مَوْجُودٍ فِي الْكُفْرِ.

✖ ✖ ✖


الْقَاعِدَةُ الخَامِسَةُ وَالثَّلاثُونَ بَعْدَ المِائَةِ



المِلْكُ الْقَاصِرُ مِنِ ابْتِدَائِهِ لَا يُسْتَبَاحُ فِيهِ الْوَطْءُ، بِخِلَافِ مَا كَانَ الْقُصُورُ طَارِئًا عَلَيْهِ، نَصَّ عَلَى ذَلِكَ أَحْمَدُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

فَمِنَ الْأَوَّلِ: الْمُشْتَرَاةُ بِشَرْطِ الخِيَارِ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ، وَكَذَلِكَ الْمُشْتَرَاةُ بِشَرْطِ أَنْ لَا يَبِيعَ وَلَا يَهَبَ، وَإِنْ بَاعَهَا فَالْمُشْتَرِي أَحَقُّ بِهَا، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ، وَنُصُوصُهُ صَرِيحَةٌ بِصِحَّةِ هَذَا الْبَيْعِ وَالشَّرْطِ وَمَنْعِ الْوَطْءِ.

قَالَ فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللهِ فِيمَنْ بَاعَ جَارِيَةً عَلَى أَنْ لَا يَبِيعَ وَلَا يَهَبَ الْبَيْعَ: جَائِزٌ، وَلَا يَقْرَبُهَا؛ لِأَنَّ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ قَالَ: لَا يَقْرَبُ فَرْجًا فِيهِ شَرْطٌ لِأَحَدٍ[1]. كَذَلِكَ قَالَ مُهَنَّا فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ.

وَزَادَ: إِنِ اشْتَرَطُوا إِنْ بَاعَهَا فَهُمْ أَحَقُّ بِهَا بِالثَّمَنِ، فَلَا يَقْرَبُهَا، يَذْهَبُ إِلَى حَدِيثِ عُمَرَ حِينَ قَالَ لِابْنِ مَسْعُودٍ.

وَكَذَلِكَ نَقَلَ مُهَنَّا، وَقَالَ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ: فِيمَنِ اشْتَرَى أَمَةً بِشَرْطِ لَا يَقْرَبُهَا وَفِيهَا شَرْطٌ. وَكَذَلِكَ نَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ.

وَقَوْلُ عُمَرَ الَّذِي أَشَارَ إِلَيْهِ هُوَ مَا رَوَاهُ حَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ عَنْ عُبَيْدِ اللهِ بْنِ عَبْدِاللهِ ابْنِ عُتْبَةَ، أَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ اشْتَرَى جَارِيَةً مِنِ امْرَأَةٍ، وَشَرَطَ لَهَا إِنْ بَاعَهَا فَهِيَ

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٦١٦، رقم ٥).

لَـهَا بِالثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَاهَا، فَسَأَلَ ابْنُ مَسْعُودٍ عَنْ ذَلِكَ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ، فَقَالَ: لَا يَنْكِحُهَا وَفِيهَا شَرْطٌ.

قَالَ حَنْبَلٌ: قَالَ عَمِّي: كُلُّ شَرْطٍ فِي فَرْجٍ فَهُوَ عَلَى هَذَا، وَالشَّرْطُ الْوَاحِدُ فِي الْبَيْعِ جَائِزٌ، إِلَّا أَنَّ عُمَرَ كَرِهَ لِابْنِ مَسْعُودٍ أَنْ يَطَأَهَا؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ لِامْرَأَتِهِ الَّذِي شَرَطَ، فَلَمْ يُجَوِّزْ عُمَرُ أَنْ يَطَأَهَا وَفِيهَا شَرْطٌ.

وَكَذَلِكَ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ هَانِئٍ عَلَى مَنْعِ الْوَطْءِ فِي الْأَمَةِ الْمُشْتَرَاةِ بِشَرْطِ التَّدْبِيرِ، وَنَصَّ أَيْضًا فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ عَلَى مَنْعِ وَطْءِ بِنْتِ الْمُدَبَّرَةِ دُونَ أُمِّهَا، وَكَاعَ[1] الْأَصْحَابِ فِي تَوْجِيهِهِ، وَالْأَمْرُ فِيهِ وَاضِحٌ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ؛ إِذْ بِنْتُ الْمُدَبَّرَةِ مُدَبَّرَةٌ مِنِ ابْتِدَاءِ مِلْكِهَا، بِخِلَافِ أُمِّهَا.

وَكَذَلِكَ نَصَّ عَلَى المَنْعِ مِنْ وَطْءِ الْأَمَةِ المَمْلُوكَةِ بِالْعُمْرَى، وَحَمَلَهُ الْقَاضِي عَلَى الِاسْتِحْبَابِ، وَهُوَ بَعِيدٌ، وَالصَّوَابُ حَمْلُهُ عَلَى أَنَّ المِلْكَ بِالْعُمْرَى قَاصِرٌ، وَلِهَذَا نَقُولُ عَلَى رِوَايَة إِذَا شَرَطَ رُجُوعَهَا إِلَيْهِ بَعْدُ صَحَّ، فَيَكُونُ تَمْلِيكًا مُؤَقَّتًا.

وَمِنْ ذَلِكَ الْأَمَةُ المُوصَى بِمَنَافِعِهَا، لَا يَجُوزُ لِلْوَارِثِ وَطْؤُهَا عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي، خِلَافًا لِابْنِ عَقِيلٍ، وَلَكِنْ لِهَذِهِ المَسْأَلَةِ مَأْخَذٌ آخَرُ، وَهُوَ أَنَّ مَنْفَعَةَ الْبُضْعِ هَلْ هِيَ دَاخِلَةٌ فِي المَنَافِعِ المُوصَى بِهَا أَمْ لَا؟

وَمِنَ الثَّانِي: أُمُّ الْوَلَدِ وَالمُدَبَّرَةُ وَالمُكَاتَبَةُ إِذَا اشْتَرَطُوا وَطْأَهَا فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ وَالمُؤَجَّرَةُ وَالجَانِيَةُ.

---

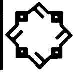
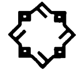
(١) كاع: أحجم وجبن.

وَأَمَّا المَرْهُونَةُ فَإِنَّمَا مُنِعَ مِنْ وَطْئِهَا لِوَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُفْضِي إِلَى اسْتِيلَادِهَا، فَيَبْطُلُ الرَّهْنُ وَيَسْقُطُ حَقُّ المُرْتَهِنِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ الرَّاهِنَ مَمْنُوعٌ مِنْ الِانْتِفَاعِ بِالرَّهْنِ بِغَيْرِ إِذْنِ المُرْتَهِنِ، وَلَوْ بِالِاسْتِخْدَامِ وَغَيْرِهِ، فَالْوَطْءُ أَوْلَى.



الْقَاعِدَةُ السَّادِسَةُ وَالثَّلاثُونَ بَعْدَ المِائَةِ



الْوَطْءُ الْمُحَرَّمُ الْعَارِضُ هَلْ يَسْتَتْبِعُ تَحْرِيمَ مُقَدِّمَاتِهِ أَمْ لَا؟ إنْ كَانَ لِضَعْفِ الْمِلْكِ وَقُصُورِهِ أَوْ خَشْيَةِ عَدَمِ ثُبُوتِهِ، كَالْأَمَةِ الْمُشْتَرَاةِ إذَا مُلِكَتْ بِعَقْدٍ مُحَرَّمٍ، فَيَحْرُمُ سَائِرُ أَنْوَاعِ الِاسْتِمْتَاعِ بِهَا، وَإِنْ كَانَ لِغَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْمَوَانِعِ فَهُوَ نَوْعَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْعِبَادَاتُ الْمَانِعَةُ مِنَ الْوَطْءِ، وَهِيَ عَلَى ضَرْبَيْنِ:

ضَرْبٌ يَمْتَنِعُ فِيهِ جِنْسُ التَّرَفُّهِ وَالِاسْتِمْتَاعِ بِالنِّسَاءِ، فَيَمْنَعُ الْوَطْءَ وَالْمُبَاشَرَةَ، كَالْإِحْرَامِ الْقَوِيِّ، وَهُوَ مَا قَبْلَ التَّحَلُّلِ الْأَوَّلِ وَالِاعْتِكَافِ.

وَضَرْبٌ يَمْتَنِعُ فِيهِ الجِمَاعُ، وَمَا أَفْضَى إلَى الْإِنْزَالِ، فَلَا يَمْنَعُ مِمَّا بَعُدَ إفْضَاؤُهُ إلَيْهِ مِنَ الْمُلَامَسَةِ، وَلَوْ كَانَتْ لِشَهْوَةٍ، وَهُوَ الصِّيَامُ، وَأَمَّا الْإِحْرَامُ الضَّعِيفُ، وَهُوَ مَا بَيْنَ التَّحَلُّلَيْنِ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُحَرِّمُ الْوَطْءَ وَالْمُبَاشَرَةَ، وَفِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّهُ يُحَرِّمُ الْوَطْءَ خَاصَّةً.

النَّوْعُ الثَّانِي: غَيْرُ الْعِبَادَاتِ، فَهَلْ يَحْرُمُ مَعَ الْوَطْءِ غَيْرُهُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ فِي الْمَذْهَبِ.

وَيُخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: الحَيْضُ وَالنِّفَاسُ، يَحْرُمُ بِهِمَا الْوَطْءُ فِي الْفَرْجِ، وَلَا يَحْرُمُ مَا دُونَهُ فِي الْمَذْهَبِ الصَّحِيحِ، وَفِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى: يُمْنَعُ الِاسْتِمْتَاعُ مَا بَيْنَ السُّرَّةِ وَالرُّكْبَةِ.

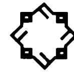
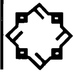
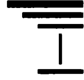
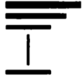
وَمِنْهَا: الظِّهَارُ يُحَرِّمُ الْوَطْءَ فِي الْفَرْجِ، وَفِي الِاسْتِمْتَاعِ بِمُقَدِّمَاتِهِ رِوَايَتَانِ، أَشْهَرُهُمَا التَّحْرِيمُ.

وَمِنْهَا: الْأَمَةُ المَسْبِيَّةُ فِي مُدَّةِ الِاسْتِبْرَاءِ، يَحْرُمُ وَطْؤُهَا، وَفِي الِاسْتِمْتَاعِ بِالمُبَاشَرَةِ رِوَايَتَانِ، وَصَحَّحَ الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ الجَوَازَ.

وَمِنْهَا: الزَّوْجَةُ المَوْطُوءَةُ لِشُبْهَةٍ، يَحْرُمُ وَطْؤُهَا مُدَّةَ الِاسْتِبْرَاءِ، وَفِي مُقَدِّمَاتِ الْوَطْءِ وَجْهَانِ.

وَمِنْهَا: الجَمْعُ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ المَمْلُوكَتَيْنِ فِي الِاسْتِمْتَاعِ بِمُقَدِّمَاتِ الْوَطْءِ، قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: يُكْرَهُ وَلَا يَحْرُمُ، وَيَتَوَجَّهُ أَنْ يَحْرُمَ، أَمَّا إِذَا قُلْنَا: إِنَّ المُبَاشَرَةَ لِشَهْوَةٍ كَالْوَطْءِ فِي تَحْرِيمِ الْأُخْتِ حَتَّى تَحْرُمَ الْأُولَى فَلَا إِشْكَالَ.



الْقَاعِدَةُ السَّابِعَةُ وَالثَّلَاثُونَ بَعْدَ المِائَةِ

الْوَاجِبُ بِقَتْلِ الْعَمْدِ هَلْ هُوَ الْقَوَدُ عَيْنًا أَوْ أَحَدُ أَمْرَيْنِ؛ إِمَّا الْقَوَدُ وَإِمَّا الدِّيَةُ؟

فِيهِ رِوَايَتَانِ مَعْرُوفَتَانِ، وَيَتَفَرَّعُ عَلَيْهِمَا ثَلَاثُ قَوَاعِدَ: اسْتِيفَاءُ الْقَوَدِ، وَالْعَفْوُ عَنْهُ، وَالصُّلْحُ عَنْهُ.

الْقَاعِدَةُ الْأُولَى فِي اسْتِيفَاءِ الْقَوَدِ، فَيَتَعَيَّنُ حَقُّ الْمُسْتَوْفِي فِيهِ بِغَيْرِ إِشْكَالٍ، ثُمَّ إِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقَوَدُ عَيْنًا فَلَا يَكُونُ الِاسْتِيفَاءُ تَفْوِيتًا لِلْمَالِ، وَإِنْ قُلْنَا: أَحَدُ الْأَمْرَيْنِ، فَهَلْ هُوَ تَفْوِيتٌ لِلْمَالِكِ أَمْ لَا؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، وَيَتَفَرَّعُ عَلَيْهَا مَسَائِلُ:

مِنْهَا: إِذَا قُتِلَ الْعَبْدُ الْمَرْهُونُ، فَاقْتَصَّ الرَّاهِنُ مِنْ قَاتِلِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمُرْتَهِنِ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ الضَّمَانُ لِلْمُرْتَهِنِ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، أَشْهَرُهُمَا اللُّزُومُ. نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ، قَالُوا: وَلَا يَجُوزُ لَهُ الْقِصَاصُ بِدُونِ إِذْنِ الْمُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ كَانَ أَحَدَ أَمْرَيْنِ، فَإِذَا عَيَّنَهُ بِالْقِصَاصِ فَقَدْ فَوَّتَ الْمَالَ الْوَاجِبَ عَلَى الْمُرْتَهِنِ، وَقَدْ كَانَ تَعَلَّقَ حَقُّهُ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ الْمَرْهُونِ، فَيَتَعَلَّقُ بِبَدَلِهِ الْوَاجِبِ، فَهُوَ كَمَا لَوْ قَتَلَهُ أَوْ أَعْتَقَهُ فَيَضْمَنُهُ بِقِيمَتِهِ فِي الْمَنْصُوصِ، وَبِهِ جَزَمَ فِي الْمُحَرَّرِ.

وَقَالَ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ بِأَقَلِّ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ أَرْشِ الْجِنَايَةِ، وَالْخِلَافُ فِي هَذَا يُشْبِهُ الْخِلَافَ فِيمَا يَضْمَنُ بِهِ الْعَبْد الْجَانِي إِذَا أَعْتَقَهُ عَالِمًا بِالْجِنَايَةِ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: لَا يَلْزَمُهُ ضَمَانٌ، وَصَحَّحَهُ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ؛ لِأَنَّ الْمَالَ إِنَّمَا يَتَعَيَّنُ بِالِاخْتِيَارِ، وَالِاخْتِيَارُ نَوْعُ تَكَسُّبٍ، وَالتَّكَسُّبُ لِلْمُرْتَهِنِ لَا يَلْزَمُ، وَلِهَذَا لَمْ يَلْزَمِ الْمُفْلِسَ أَخْذُ الْمَالِ إِذَا جَنَى عَلَيْهِ جِنَايَةً تُوجِبُ الْقَوَدَ، بَلْ لَهُ الِاقْتِصَاصُ، وَلَا نَعْدَمُ شَيْئًا مَعَ تَعَلُّقِ حُقُوقِ الْغُرَمَاءِ بِأَعْيَانِ مَالِهِ، وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ آخَرُ يَغْرَمُ مِنْهُ، فَظَاهِرُ كَلَامِ صَاحِبِ الْكَافِي أَنَّ الْوَجْهَيْنِ عَلَى قَوْلِنَا مُوجبُ الْعَمْدِ الْقَوَد عَيْنًا.

فَأَمَّا إِنْ قُلْنَا: أَحَد أَمْرَيْنِ وَجَبَ الضَّمَانُ لِتَفْوِيتِ الْمَالِ الْوَاجِبِ، وَهُوَ بَعِيدٌ، فَأَمَّا إِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقَوَدُ عَيْنًا، فَإِنَّمَا فَوَّتَ اكْتِسَاب الْمَالِ لَمْ يُفَوِّتْ مَالًا وَاجِبًا، فَلَا يَتَوَجَّهُ الضَّمَانُ بِالْكُلِّيَّةِ.

وَأَطْلَقَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ مِنْ غَيْرِ بِنَاءٍ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَيَتَعَيَّنُ بِنَاؤُهُ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ الْوَاجِبَ أَحَدُ أَمْرَيْنِ؛ لِأَنَّهُمَا صَرَّحَا فِي الْعَفْوِ أَنَّهُ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ إِذَا قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقَوَدُ عَيْنًا، وَعَلَّلَا بِأَنَّهُ إِنَّمَا فَوَّتَ عَلَى الْمُرْتَهِنِ اكْتِسَابَ الْمَالِ، وَذَلِكَ غَيْرُ لَازِمٍ لَهُ، وَالِاقْتِصَاصُ مِثْلُ الْعَفْوِ، ثُمَّ وَجَدْتُ الشَّيْخَ مَجْدَ الدِّينِ صَرَّحَ بِهَذَا الْبِنَاءِ الَّذِي ذَكَرْتُهُ.

وَمِنْهَا: إِذَا قُتِلَ عَبْدٌ مِنَ التَّرِكَةِ الْمُسْتَغْرَقَةِ بِالدُّيُونِ عَمْدًا، وَقُلْنَا: يَنْتَقِلُ الْمِلْكُ إِلَى الْوَرَثَةِ، فَاخْتَارُوا الْقِصَاصَ، فَهَلْ يُطَالَبُونَ بِقِيمَةِ الْعَبْدِ أَمْ لَا؟ يُخَرَّجُ عَلَى الْمَرْهُونِ.

وَمِنْهَا: الْعَبْدُ الْمُوصَى بِمَنْفَعَتِهِ إِذَا قُتِلَ عَمْدًا، فَهَلْ لِمَالِكِ الرَّقَبَةِ الِاقْتِصَاصُ بَعْدَ إِذْنِ مَالِكِ الْمَنْفَعَةِ، وَهَلْ يَضْمَنُ أَمْ لَا؟ صَرَّحَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ بِالْمَنْعِ كَالرَّهْنِ سَوَاءً، وَهَذَا يَتَخَرَّجُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَهُوَ أَنَّ حَقَّ مَالِكِ الْمَنْفَعَةِ لَمْ يَبْطُلْ بِالْقَتْلِ.

وَأَمَّا عَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ، وَهُوَ بُطْلَانُ حَقِّهِ بِالْقَتْلِ، جعْلًا لِلْوَصِيَّةِ بِالْمَنْفَعَةِ كَالْهِبَةِ الَّتِي لَمْ تُقْبَضْ، فَلَا يُمْنَعُ مَالِكُ الرَّقَبَةِ مِنْ الِاقْتِصَاصِ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا جَنَى عَلَى الْمُكَاتَبِ فَهَلْ لَهُ أَنْ يَقْتَصَّ بِدُونِ إِذْنِ سَيِّدِهِ؟ ذَكَرَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ الْجَوَازَ؛ لِأَنَّ الْمُطَالَبَةَ بِالْقِصَاصِ وَالْعَفْوِ عَنْهُ إِلَى الْعَبْدِ دُونَ سَيِّدِهِ، وَلَوْ كَانَ قِنًّا.

وَقَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: قِيَاسُ الْمَذْهَبِ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ فِي مَنْعِهِ مِنْ الِاقْتِصَاصِ مِنْ عَبِيدِهِ إِذَا قَتَلَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ الِاقْتِصَاصُ بِدُونِ إِذْنِ سَيِّدِهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ فَإِنَّ الْقَاتِلَ قَدْ فَوَّتَ مَالًا مَمْلُوكًا، فَهُوَ كَقَتْلِ الرَّاهِنِ الْمَرْهُونَ بِقِصَاصٍ اسْتَحَقَّهُ عَلَيْهِ، وَلَكِنْ لَا يَلْزَمُ ضَمَانُ الْمُكَاتَبِ لِسَيِّدِهِ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَا يَسْتَحِقُّ انْتِزَاعَ ذَلِكَ مِنْهُ، وَهَذَا بِخِلَافِ اقْتِصَاصِ الْمُكَاتَبِ مِنَ الْجَانِي عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ لَمْ يُفَوِّتْ بِهِ مَالًا مَمْلُوكًا لَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ قُتِلَ الْعَبْدُ الْمُوصَى بِهِ لِمُعَيَّنٍ قَبْلَ قَبُولِهِ، فَهَلْ لِلْوَرَثَةِ الِاقْتِصَاصُ بِدُونِ إِذْنِ الْمُوصَى لَهُ؟

إِذَا قُلْنَا: هُوَ مِلْكٌ يَتَوَجَّهُ الْمَنْعُ، إِذَا قُلْنَا: إِنَّ الْجِنَايَةَ أَوْجَبَتْ أَحَدَ شَيْئَيْنِ فَإِنْ فَعَلُوا ضَمِنُوا لِلْمُوصَى لَهُ الْقِيمَةَ إِذَا قَبِلَ.

وَمِنْهَا: لَوْ قُتِلَ عَبْدٌ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ عَمْدًا، فَإِنْ كَانَ فِي الْمَالِ رِبْحٌ فَهُمَا شَرِيكَانِ، وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا الِانْفِرَادُ بِالْقِصَاصِ وَلَا الْعَفْوِ.

هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ، فَلَو اقْتَصَّ رَبُّ الْمَالِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِ الْمُضَارِبِ تَوَجَّهَ أَنْ يَضْمَنَ لِلْمُضَارِبِ حِصَّتَهُ مِنَ الرِّبْحِ إِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ بِالْقَتْلِ أَحَدُ شَيْئَيْنِ.

الْقَاعِدَةُ الثَّانِيَةُ: فِي الْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ، وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَحْوَالٍ:

أَحَدُهَا: أَنْ يَقَعَ الْعَفْوُ إِلَى الدِّيَةِ، وَفِيهِ طَرِيقَانِ؛ إِحْدَاهُمَا: ثُبُوتُ الدِّيَةِ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي. وَالثَّانِيَةُ: بِنَاؤُهُ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ.

فَإِنْ قُلْنَا: مُوجِبُهُ أَحَدَ شَيْئَيْنِ، ثَبَتَتِ الدِّيَةُ، وَإِلَّا لَمْ يَثْبُتْ شَيْءٌ بِدُونِ تَرَاضٍ مِنْهُمَا، وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي الْخَطَّابِ وَابْنِ عَقِيلٍ، وَذَكَرَهَا الْقَاضِي أَيْضًا فِي الْمُضَارَبَةِ، فَيَكُونُ الْقَوَدُ بَاقِيًا بِحَالِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِإِسْقَاطِهِ إِلَّا بِعِوَضٍ، وَلَمْ يَحْصُلْ لَهُ.

وَالْحَالَةُ الثَّانِيَةُ: أَنْ يَعْفُوَ عَنِ الْقِصَاصِ، وَلَا يَذْكُرَ مَالًا، فَإِنْ قُلْنَا: مُوجِبُهُ الْقِصَاصُ عَيْنًا فَلَا شَيْءَ لَهُ، وَإِنْ قُلْنَا: أَحَدُ شَيْئَيْنِ ثَبَتَ الْمَالُ.

وَخَرَّجَ ابْنُ عَقِيلٍ أَنَّهُ إِذَا عُفِيَ عَنِ الْقَوَدِ سَقَطَ، وَلَا شَيْءَ بِكُلِّ حَالٍ عَلَى كُلِّ قَوْلٍ؛ لِأَنَّهُ بِعَفْوِهِ عَنْهُ تَعَيَّنَ الْوَاجِبُ فِيهِ بِتَصَرُّفِهِ فِيهِ، فَهُوَ كَمَا لَوْ أَسْلَمَ عَلَى أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعٍ، ثُمَّ طَلَّقَ إِحْدَاهُنَّ، فَإِنَّهُ يَتَعَيَّنُ الِاخْتِيَارُ فِيهَا، وَهَذَا ضَعِيفٌ؛ فَإِنَّ إِسْقَاطَ الْقَوَدِ تَرْكٌ لَهُ وَإِعْرَاضٌ عَنْهُ وَعُدُولٌ إِلَى غَيْرِهِ، وَلَيْسَ اخْتِيَارًا لَهُ، وَلِهَذَا يَمْلِكُ الْعَفْوَ عَنِ الْقَوَدِ وَالْمَالِ جَمِيعًا، وَلَيْسَ لَهُ اخْتِيَارُهُمَا جَمِيعًا، بِخِلَافِ الزَّوْجَاتِ، فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ طَلَاقَ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعٍ مِنْهُنَّ عَلَى الْمَشْهُورِ.

الحَالَةُ الثَّالِثَةُ: أَنْ يَعْفُوَ عَنِ الْقَوَدِ إِلَى غَيْرِ مَالٍ مُصَرِّحًا بِذَلِكَ، فَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقِصَاصُ عَيْنًا، فَلَا مَالَ لَهُ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ، وَقَوْلُهُ هَذَا لَغْوٌ، وَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ أَحَدَ شَيْئَيْنِ سَقَطَ الْقِصَاصُ وَالمَالُ جَمِيعًا، فَإِنْ كَانَ مِمَّنْ لَا تَبَرُّعَ لَهُ كَالمُفْلِسِ المَحْجُورِ عَلَيْهِ وَالمُكَاتَبِ وَالمَرِيضِ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ وَالْوَرَثَةِ، مَعَ اسْتِغْرَاقِ الدُّيُونِ لِلتَّرِكَةِ، فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَسْقُطُ المَالُ بِإِسْقَاطِهِمْ، وَهُوَ المَشْهُورُ؛ لِأَنَّ المَالَ وَجَبَ بِالْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ، وَلَا يُمْكِنُهُمْ إِسْقَاطُهُ بَعْدَ ذَلِكَ، كَالْعَفْوِ عَنْ دِيَةِ الخَطَأِ.

الثَّانِي: يَسْقُطُ، وَفِي المُحَرَّرِ أَنَّهُ المَنْصُوصُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ المَالَ لَا يَتَعَيَّنُ بِدُونِ اخْتِيَارِهِ لَهُ أَوْ إِسْقَاطِ الْقِصَاصِ وَحْدَهُ، وَأَمَّا إِنْ أَسْقَطَهُمَا فِي كَلَامٍ وَاحِدٍ مُتَّصِلٍ سَقَطَا جَمِيعًا مِنْ غَيْرِ دُخُولِ المَالِ فِي مِلْكِهِ، وَيَكُونُ ذَلِكَ اخْتِيَارًا مِنْهُ.

نَقُولُ: لِتَرْكِ التَّمَلُّكِ، فَلَا يَدْخُلُ المَالُ فِي مِلْكِهِ، إِذَا تَقَرَّرَ هَذَا فَهَلْ يَكُونُ الْعَفْوُ تَفْوِيتًا لِلْمَالِ؟ إِنْ قُلْنَا: إِنَّ الْوَاجِبَ الْقَوَدُ عَيْنًا، لَمْ يَكُنِ الْعَفْوُ تَفْوِيتًا لِلْمَالِ، فَلَا يُوجِبُ ضَمَانًا، صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ.

وَكَلَامُ أَبِي الخَطَّابِ يَدُلُّ عَلَى وُجُوبِ الضَّمَانِ، وَصَرَّحَ فِي الْكَافِي بِأَنَّهُ عَلَى وَجْهَيْنِ، كَمَا لَوِ اقْتَصَّ مِنْهُ فِي هَذِهِ الحَالَةِ، فَإِنَّ عِنْدَهُ فِي الضَّمَانِ وَجْهَيْنِ، وَقَدْ سَبَقَ بَيَانُ ضَعْفِ ذَلِكَ وَمُخَالَفَتِهِ لِظَاهِرِ تَعْلِيلِ الْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ.

وَكَذَلِكَ فِي التَّلْخِيصِ أَنَّ فِي الضَّمَانِ هَاهُنَا وَجْهَيْنِ، وَصَحَّحَ عَدَمَهُ، وَلَمْ يَذْكُرْ فِي الضَّمَانِ إِذَا اقْتَصَّ خِلَافًا.

وَفَرَّقَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ بَيْنَ الضَّمَانِ بِالِاقْتِصَاصِ وَعَدَمِ الضَّمَانِ بِالْعَفْوِ بِأَنَّهُ إِذَا اقْتَصَّ فَقَدِ اسْتَوْفَى بَدَلَ الْمَالِ، فَلِذَلِكَ لَزِمَهُ الضَّمَانُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَفَا فَإِنَّهُ لَمْ يَسْتَوْفِ لَهُ بَدَلًا، بَلْ فَاتَ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا.

وَلِهَذَا لَوْ أَبْرَأَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الْغَرِيمَ مِنْ حَقِّهِ بَرِئَ وَلَمْ يَلْزَمِ الضَّمَانُ لِشَرِيكِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَوْفَى حَقَّهُ أَوْ بَدَلَهُ فَإِنَّهُ لِشَرِيكِهِ نَصِيبُهُ مِنْهُ.

وَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ أَحَدُ شَيْئَيْنِ، فَعُفِيَ مَجَّانًا، فَفِي الْكَافِي هُوَ كَالْعَفْوِ عَنِ الْمَالِ، فَإِنْ كَانَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ لَمْ يَصِحَّ، وَإِنْ كَانَ رَاهِنًا فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَصِحُّ. وَهُوَ اخْتِيَارُهُ؛ أَعْنِي صَاحِبَ الْكَافِي، كَمَا لَا يَصِحُّ عَفْوُ الْمُفْلِسِ.

وَالثَّانِي: يَصِحُّ، وَيُؤْخَذُ مِنْهُ الْقِيمَةُ تَكُونُ رَهْنًا؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَهُ بِعَفْوِهِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ، وَبِهِ جَزَمَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ.

وَالثَّالِثُ: يَصِحُّ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الرَّاهِنِ دُونَ الْمُرْتَهِنِ، فَتُؤْخَذُ الْقِيمَةُ مِنَ الْجَانِي تَكُونُ رَهْنًا مَكَانَهُ، فَإِذَا زَالَ الرَّهْنُ رُدَّتْ إِلَى الْجَانِي، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ.

وَأَمَّا عَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي الَّذِي حَكَيْنَاهُ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ فِي صِحَّةِ عَفْوِ الْمُفْلِسِ وَالْمَرِيضِ، فِيمَا إِذَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ وَالْوَرَثَةِ وَنَحْوِهِمْ، فَيَتَخَرَّجُ فِي الضَّمَانِ وَجْهَانِ كَالِاقْتِصَاصِ إِذَا قُلْنَا: الْوَاجِبُ أَحَدُ شَيْئَيْنِ، وَيَتَخَرَّجُ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: عَفْوُ الرَّاهِنِ عَنِ الْجِنَايَةِ عَلَى الْمَرْهُونِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَهُ مُسْتَوْفًى.

وَمِنْهَا: عَفْوُ الْمُفْلِسِ عَنِ الْجِنَايَةِ الْمُوجِبَةِ لِلْقَوَدِ مَجَّانًا، فَالْمَشْهُورُ أَنَّا إِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقَوَدُ عَيْنًا صَحَّ، وَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ أَحَدُ أَمْرَيْنِ لَمْ يَصِحَّ الْعَفْوُ عَنِ الْمَالِ، وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ الَّذِي قِيلَ: إِنَّهُ الْمَنْصُوصُ يَصِحُّ.

وَعَلَى طَرِيقَةِ مَنْ حَكَى الضَّمَانَ، وَهُوَ الْمَرْهُونُ، وَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقَوَدُ عَيْنًا يُخَرَّجُ هَاهُنَا مِثْلُهُ.

وَمِنْهَا: عَفْوُ الْمُكَاتَبِ عَنِ الْقِصَاصِ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُفْلِسِ.

وَمِنْهَا: عَفْوُ الْوَرَثَةِ عَنِ الْقِصَاصِ مَعَ اسْتِغْرَاقِ الدُّيُونِ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: عَفْوُ الْمَرِيضِ عَنِ الْقِصَاصِ، وَحُكْمُهُ فِيمَا إِذَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ كَذَلِكَ.

وَمِنْهَا: إِذَا عَفَا الْوَارِثُ عَنِ الْعَبْدِ الْجَانِي عَلَى الْعَبْدِ الْمُوصَى بِمَنْفَعَتِهِ، هَلْ يَضْمَنُ لِمَالِكِ الْمَنْفَعَةِ قِيمَتَهَا؟

عَلَى وَجْهَيْنِ حَكَاهُمَا فِي التَّرْغِيبِ، وَالْأَظْهَرُ تَخْرِيجُهُمَا عَلَى أَنَّ حَقَّ صَاحِبِ الْمَنْفَعَةِ هَلْ سَقَطَ بِالْإِتْلَافِ أَمْ لَا؟

وَيَتَوَجَّهُ أَنْ لَا يَنْفُذَ عَفْوُهُ فِي قَدْرِ قِيمَةِ الْمَنَافِعِ؛ لِأَنَّهَا مِلْكٌ لِلْغَيْرِ إِذَا قُلْنَا: الْوَاجِبُ أَحَدُ أَمْرَيْنِ، وَهَذَا بِخِلَافِ الْعَفْوِ عَنِ الْجَانِي عَلَى الْعَبْدِ الْمُسْتَأْجَرِ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تَنْفَسِخُ بِالْقَتْلِ، وَيَرْجِعُ الْمُسْتَأْجِرُ بِبَقِيَّةِ الْأُجْرَةِ.

وَمِنْهَا: إِذَا قُتِلَ الْعَبْدُ الْمُوصَى بِهِ لِمُعَيَّنٍ قَبْلَ قَبُولِهِ، فَهَلْ لِلْوَرَثَةِ الْعَفْوُ عَنْ قَاتِلِهِ بِدُونِ اخْتِيَارِ الْمُوصَى لَهُ بِهِ لِأَنَّ قِيمَتَهُ لَهُ؟ صَرَّحَ بِذَلِكَ أَبُو الْخَطَّابِ وَالْأَصْحَابُ.

وَيَتَوَجَّهُ تَخْرِيجُ ذَلِكَ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ إِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقِصَاصُ عَيْنًا، فَلَمْ يَجِبْ بِهَذِهِ الجِنَايَةِ مَالٌ، فَلَهُمُ العَفْوُ، وَلَا سِيَّما عَلَى قَوْلِنَا: إِنَّ مِلْكَهُ قَبْلَ الْقَبُولِ لَـهُمْ، وَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقَوَدُ عَيْنًا فِي المَرْهُونِ يُخَرَّجُ هَاهُنَا مِثْلُهُ.

وَمِنْهَا: الْعَفْوُ عَنِ الْوَارِثِ الجَانِي فِي مَرَضِ المَوْتِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ، إِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقَوَدُ عَيْنًا فَهُوَ صَحِيحٌ، وَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ أَحَدُ شَيْئَيْنِ فَكَذَلِكَ، صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَيَتَوَجَّهُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ بِوُقُوفِهِ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ.

تَنْبِيهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَوْ أَطْلَقَ الْعَفْوَ عَنِ الجَانِي عَمْدًا، فَهَلْ يَتَنَزَّلُ عَفْوُهُ عَلَى الْقَوَدِ وَالدِّيَةِ أَوْ عَلَى الْقَوَدِ وَحْدَهُ؟ وَحَكَى صَاحِبُ المُحَرَّرِ ثَلَاثَةَ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا، وَذَكَرَ أَنَّهُ المَنْصُوصُ: أَنَّهُ يَنْصَرِفُ إِلَيْهَا جَمِيعًا، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا.

وَالثَّانِي: يَنْصَرِفُ إِلَى الْقَوَدِ وَحْدَهُ، إِلَّا أَنْ يُقِرَّ الْعَافِي بِإِرَادَةِ الدِّيَةِ مَعَ الْقَوَدِ.

وَالثَّالِثُ: يَكُونُ عَفْوًا عَنْهُمَا، إِلَّا أَنْ يَقُولَ: لَمْ أُرِدِ الدِّيَةَ، فَيَحْلِفُ وَيُقْبَلُ مِنْهُ.

وَفِي التَّرْغِيبِ إِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقَوَدُ وَحْدَهُ سَقَطَ، وَلَا دِيَةَ، وَإِنْ قُلْنَا: أَحَدُ شَيْئَيْنِ انْصَرَفَ الْعَفْوُ إِلَى الْقِصَاصِ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ، وَالْأُخْرَى يَسْقُطَانِ جَمِيعًا.

الثَّانِي: لَوِ اخْتَارَ الْقِصَاصَ فَلَهُ ذَلِكَ، وَهَلْ لَهُ الْعَفْوُ عَنْهُ إِلَى الدِّيَةِ؟

إنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ هُوَ الْقِصَاصُ عَيْنًا فَلَهُ تَرْكُهُ إِلَى الدِّيَةِ، وَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ أَحَدُ شَيْئَيْنِ فَعَلَى وجْهَيْنِ، حَكَاهُمَا فِي التَّرْغِيبِ:

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ، وَلِأَنَّ أَكْثَرَ مَا فِيهِ أَنَّهُ مُعَيَّنٌ لَهُ الْقِصَاصُ، فَيَجُوزُ لَهُ تَرْكُهُ إِلَى مَالٍ، كَمَا إِذَا قُلْنَا: هُوَ الْوَاجِبُ عَيْنًا.

وَالثَّانِي: لَا، وَهُوَ احْتِمَالٌ فِي الْكَافِي وَالْمُحَرَّرِ؛ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ مِنَ الدِّيَةِ بِاخْتِيَارِهِ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ إِلَيْهَا، كَمَا لَوْ عَفَا عَنْهَا وَعَنِ الْقِصَاصِ.

وَفَارِقٌ مَا إِذَا قُلْنَا: إِنَّ الْقَوَدَ هُوَ الْوَاجِبُ عَيْنًا؛ لِأَنَّ الْمَالَ لَمْ يَسْقُطْ بِإِسْقَاطِهِ، وَيُجَابُ عَنْ هَذَا بِأَنَّ الَّذِي أَسْقَطَهُ هُوَ الدِّيَةُ الْوَاجِبَةُ بِالْجِنَايَةِ، وَالْمَأْخُوذُ هُنَا غَيْرُهُ، وَهُوَ مَأْخُوذٌ بِطَرِيقِ الْمُصَالَحَةِ عَنِ الْقِصَاصِ الْمُتَعَيِّنِ.

الْقَاعِدَةُ الثَّالِثَةُ: الصُّلْحُ عَنْ مُوجِبِ الْجِنَايَةِ، فَإِنْ قُلْنَا: هُوَ الْقَوَدُ وَحْدَهُ، فَلَهُ الصُّلْحُ عَنْهُ بِمِقْدَارِ الدِّيَةِ، وَبِأَقَلَّ وَأَكْثَرَ مِنْهَا؛ إِذِ الدِّيَةُ غَيْرُ وَاجِبَةٍ بِالْجِنَايَةِ، وَكَذَلِكَ إِذَا اخْتَارَ الْقَوَدَ أَوَّلًا، ثُمَّ رَجَعَ إِلَى الْمَالِ، وَقُلْنَا: لَهُ ذَلِكَ، فَإِنَّ الدِّيَةَ سَقَطَ وُجُوبُهَا، وَإِنْ قُلْنَا: أَحَدُ شَيْئَيْنِ، فَهَلْ يَكُونُ الصُّلْحُ عَنْهَا صُلْحًا عَنِ الْقَوَدِ أَوِ الْمَالِ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ يَتَفَرَّعُ عَلَيْهِمَا مَسَائِلُ:

مِنْهَا: هَلْ يَصِحُّ الصُّلْحُ عَلَى أَكْثَرَ مِنَ الدِّيَةِ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهَا أَمْ لَا؟

قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي الِانْتِصَارِ: لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ الدِّيَةَ تَجِبُ بِالْعَفْوِ وَالْمُصَالَحَةِ، فَلَا يَجُوزُ أَخْذُ أَكْثَرَ مِنَ الْوَاجِبِ مِنَ الْجِنْسِ، وَكَذَلِكَ قَالَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ: يَصِحُّ غَيْرُ جِنْسِ الدِّيَةِ، وَلَا يَصِحُّ عَلَى جِنْسِهَا إِلَّا بَعْدَ تَعْيِينِ الْجِنْسِ مِنْ إِبِلٍ

أَوْ بَقَرٍ أَوْ غَنَمٍ حَذَرًا مِنْ رِبَا النَّسِيئَةِ وَرِبَا الْفَضْلِ، وَأَطْلَقَ الْأَكْثَرُونَ جَوَازَ الصُّلْحِ بِأَكْثَرَ مِنَ الدِّيَةِ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ.

قَالَ فِي الْمُغْنِي: لَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا، وَصَرَّحَ السَّامَرِّيُّ فِي فُرُوقِهِ بِجَوَازِ الصُّلْحِ بِأَكْثَرَ مِنَ الدِّيَةِ.

وَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ أَحَدُ شَيْئَيْنِ، وَعَلَّلَ بِأَنَّ الْقَوَدَ ثَابِتٌ، فَالْمَأْخُوذُ عِوَضٌ عَنْهُ، وَلَيْسَ مِنْ جِنْسِهِ، فَجَازَ مِنْ غَيْرِ تَقْدِيرٍ كَسَائِرِ الْمُعَاوَضَاتِ الْجَائِزَةِ.

وَأَمَّا الْقَوَدُ فَقَدْ يُقَالُ: إِنَّمَا يَسْقُطُ بَعْدَ صِحَّةِ الصُّلْحِ وَثُبُوتِهِ، وَأَمَّا مُجَرَّدُ الْمُعَاوَضَةِ فِي عَقْدِ الصُّلْحِ فَلَا يُوجِبُ سُقُوطَهُ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يُسْقِطُهُ بِعِوَضٍ، فَلَا يَسْقُطُ بِدُونِ ثُبُوتِ الْعِوَضِ لَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ صَالَحَ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ بِشِقْصٍ، هَلْ يُؤْخَذُ بِالشُّفْعَةِ أَمْ لَا؟

إِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقَوَدُ عَيْنًا، فَالشِّقْصُ مَأْخُوذٌ بِعِوَضٍ غَيْرِ مَالِيٍّ، فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ عَلَى أَشْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ وَالْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ، خِلَافًا لِأَبِي حَامِدٍ. وَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ أَحَدَ شَيْئَيْنِ فَهُوَ مَأْخُوذٌ بِعِوَضٍ مَالِيٍّ؛ إِذْ هُوَ عِوَضٌ عَنِ الدِّيَةِ لِتَعْيِينِهَا بِاخْتِيَارِ الصُّلْحِ، صَرَّحَ بِهِ صَاحِبُ الْمُغْنِي وَالتَّلْخِيصِ، وَكَذَلِكَ السَّامَرِّيُّ فِي الْمُسْتَوْعِبِ، وَهُوَ خِلَافُ مَا قَرَّرَهُ فِي الْفُرُوقِ، وَيَتَوَجَّهُ عَلَى قَوْلِ مَنْ قَالَ: الصُّلْحُ عَنِ الْقَوَدِ أَنْ يُطْرَدَ فِيهِ الْوَجْهَانِ الْأَوَّلَانِ، وَهُوَ وَقْفٌ عَلَى إِطْلَاقِ الْأَكْثَرِينَ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَتَلَ عَبْدُهُ عَبْدًا مِنْ مَالِ التِّجَارَةِ عَمْدًا، فَصَالَحَ الْمَالِكُ عَنْهُ بِمَالٍ، فَذَكَرَ الْقَاضِي فِي التَّخْرِيجِ أَنَّهُ إِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقِصَاصُ عَيْنًا، لَمْ يَصِرِ الْمَالُ

الْمُصَالِحُ بِهِ لِلتِّجَارَةِ إِلَّا بِنِيَّةٍ، وَعُلِّلَ بِأَنَّهُ لَيْسَ بِعِوَضٍ عَنِ الْمَقْتُولِ، بَلْ عَنِ الْقِصَاصِ.

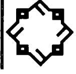
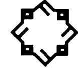
وَإِنْ قُلْنَا: أَحَدُ شَيْئَيْنِ، فَهُوَ مِنْ مَالِ التِّجَارَةِ بِغَيْرِ نِيَّةٍ، كَثَمَنِ المَبِيعِ، وَعُلِّلَ بِأَنَّهُ عِوَضٌ عَنِ المَقْتُولِ، فَهُوَ كَقَتْلِ الخَطَأِ، وَهَذَا مُنَزَّلٌ عَلَى أَنَّ الصُّلْحَ وَقَعَ عَلَى المَالِ، أَمَّا إِنْ قِيلَ: إِنَّهُ وَاقِعٌ عَنِ الْقَوَدِ فَقَدْ يُقَالُ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ بَدَلٌ عَنِ الْعَبْدِ.

وَقَدْ يُقَالُ: لَا يَصِيرُ لِلتِّجَارَةِ إِلَّا بِنِيَّةٍ، وَظَاهِرُ تَعْلِيلِ الْقَاضِي يَدُلُّ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ عِوَضٌ عَمَّا كَانَ يَسْتَحِقُّهُ عَلَى مَالِكِ الجَانِي مِنْ إِرَاقَةِ دَمِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَخَذَ قِيمَةَ الجَانِي أَوْ بَاعَهُ فِي الجِنَايَةِ، فَإِنَّهُ اسْتَوْفَى المَالَ الْوَاجِبَ بِالْقَتْلِ عِوَضًا عَنِ الْعَبْدِ المَقْتُولِ.

وَذَكَرَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي المُضَارَبَةِ: إِذَا قَتَلَ عَبْدٌ عَبْدًا مِنْ عَبِيدِ المُضَارَبَةِ عَمْدًا، فَصَالَحَ عَنْهُ بِمَالٍ مِنْ مَالِ المُضَارَبَةِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلٌ بِكُلِّ حَالٍ عَنْ مَالِ المُضَارَبَةِ فَهُوَ كَالثَّمَنِ، وَلَمْ يَبْنِيَاهُ عَلَى الخِلَافِ فِي مُوجِبِ الْعَمْدِ؛ إِذْ هُوَ بَدَلٌ عَنْهُ بِكُلِّ حَالٍ، فَلَا حَاجَةَ هَاهُنَا إِلَى نِيَّةٍ، وَلَكِنْ قَدْ يُبْنَى عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ أَنَّ الصُّلْحَ هَلْ وَقَعَ عَنِ المَالِ أَوْ عَنِ الْقَوَدِ؟

وَقَالَ أَبُو الْبَرَكَاتِ فِي تَعْلِيقِهِ عَلَى الْهِدَايَةِ: يَحْتَمِلُ عِنْدِي أَنَّهُ مَتَى قُلْنَا: الْقِصَاصُ يَجِبُ عَيْنًا أَنَّ المُضَارَبَةَ قَدْ بَطَلَتْ، وَيَكُونُ الجَمِيعُ مَا صَالَحَ عَنْهُ لِلسَّيِّدِ مِلْكًا جَدِيدًا.

⁂

الْقَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ وَالثَّلَاثُونَ بَعْدَ المِائَةِ



الْعَيْنُ الْمُتَعَلِّقُ بِهَا حَقٌّ للهِ تَعَالَى أَوْ لِآدَمِيٍّ، إمَّا أَنْ تَكُونَ مَضْمُونَةً أَوْ غَيْرَ مَضْمُونَةٍ، فَإِنْ كَانَتْ مَضْمُونَةً وَجَبَ ضَمَانُهَا بِالتَّلَفِ وَالْإِتْلَافِ بِكُلِّ حَالٍ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مَضْمُونَةً لَمْ يَجِبْ ضَمَانُهَا بِالتَّلَفِ، وَوَجَبَ بِالْإِتْلَافِ إنْ كَانَ مُسْتَحِقٌّ مَوْجُودٌ وَإِلَّا فَلَا.

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَهُ أَمْثِلَةٌ:

مِنْهَا: الزَّكَاةُ، فَإِذَا قُلْنَا: تَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ عَلَى الْمَشْهُورِ، فَإِنَّهَا لَا تَسْقُطُ بِتَلَفِ الْمَالِ، وَيَجِبُ ضَمَانُهَا.

وَمِنْهَا: الصَّيْدُ فِي حَقِّ الْمُحْرِمِ، وَفِي الْحَرَمِ مَضْمُونٌ عَلَى الْمَالِكِ بِالْجَزَاءِ.

وَأَمَّا الثَّانِي فَلَهُ أَمْثِلَةٌ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: الرَّهْنُ يُضْمَنُ بِالْإِتْلَافِ، مِثْلُ أَنْ يَسْتَهْلِكَهُ الرَّاهِنُ أَوْ يُعْتِقَهُ إنْ كَانَ عَبْدًا، وَلَا يُضْمَنُ بِالتَّلَفِ.

وَمِنْهَا: الْعَبْدُ الْجَانِي إذَا أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُهُ، وَهَلْ يَضْمَنُهُ بِأَرْشِ الْجِنَايَةِ مُطْلَقًا أَوْ بِأَقَلِّ الْأَمْرَيْنِ مِنْهُ وَمِنْ قِيمَتِهِ؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ، وَأَنْكَرَ فِي الْخِلَافِ رِوَايَةَ الضَّمَانِ بِالْأَرْشِ مُطْلَقًا. قَالَ: لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَحَلَّ الْحَقِّ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ أَكْثَرُ مِنْ ضَمَانِهِ، بِخِلَافِ

مَا إِذَا اخْتَارَ فِدَاءَهُ، فَإِنَّهُ مَعَ بَقَائِهِ قَدْ يَرْغَبُ فِيهِ رَاغِبٌ فَيَبْذُلُ فِيهِ مَا يَسْتَوْفِي مِنْهُ الْأَرْشَ كُلَّهُ، فَلِذَلِكَ ضَمِنَهُ بِأَرْشِ كُلِّهِ عَلَى رِوَايَةٍ.

وَنَقَلَ عَنْهُ ابْنُ مَنْصُورٍ أَنَّهُ إِذَا عَلِمَ بِالْجِنَايَةِ ضَمِنَهُ بِالْأَرْشِ كُلِّهِ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ لَزِمَهُ الْأَقَلُّ.

وَنَقَلَ عَنْهُ حَرْبٌ: إِنْ لَمْ يَعْلَمْ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ بِحَالٍ، وَإِنْ عَلِمَ ضَمِنَهُ بِالْقِيمَةِ فَقَطْ، وَلَوْ قَتَلَهُ الْمَالِكُ لَزِمَهُ قِيمَتُهُ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَإِنْ قَتَلَهُ أَجْنَبِيٌّ فَفِي الْخِلَافِ الْكَبِيرِ يَسْقُطُ الْحَقُّ كَمَا لَوْ مَاتَ.

وَحَكَى الْقَاضِي فِي كِتَابِ الرِّوَايَتَيْنِ وَالْآمِدِيُّ رِوَايَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: يَسْقُطُ الْحَقُّ، قَالَ الْقَاضِي: نَقَلَهَا مُهَنَّا لِفَوَاتِ مَحَلِّ الْجِنَايَةِ.

وَالثَّانِيَةُ: لَا يَسْقُطُ، نَقَلَهَا حَرْبٌ، وَاخْتَارَهَا أَبُو بَكْرٍ، وَبِهَا جَزَمَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ، فَيَتَعَلَّقُ الْحَقُّ بِقِيمَتِهِ؛ لِأَنَّهَا بَدَلُهُ، فَهُوَ كَمَا لَوْ مَاتَ الْقَاتِلُ عَمْدًا فَإِنَّ الدِّيَةَ تَجِبُ فِي تَرِكَتِهِ، وَجَعَلَ الْقَاضِي الْمُطَالَبَةَ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ لِلسَّيِّدِ، وَالسَّيِّدُ يُطَالِبُ الْجَانِيَ بِالْقِيمَةِ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَتَلَ رَجُلًا عَمْدًا، ثُمَّ قُتِلَ الْقَاتِلُ، قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ ثَوْبٍ فِي رَجُلٍ قَتَلَ رَجُلًا عَمْدًا ثُمَّ قُتِلَ الرَّجُلُ خَطَأً: لَهُمُ الدِّيَةُ، قِيلَ لَهُ: وَإِنْ قُتِلَ عَمْدًا؟ قَالَ: وَإِنْ قُتِلَ عَمْدًا. فَقِيلَ لَهُ: فَإِنَّ قَوْمًا يَقُولُونَ: إِنَّهُ إِذَا قُتِلَ إِنَّمَا كَانَ لَهُمْ دَمُهُ وَلَيْسَ لَهُمُ الدِّيَةُ؟ قَالَ: لَيْسَ كَذَلِكَ، الْحَدِيثُ أَنَّ أَوْلِيَاءَهُ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءُوا قَتَلُوا وَإِنْ شَاءُوا قَبِلُوا الدِّيَةَ.

فَقَدْ نَصَّ عَلَى أَنَّ الْقَاتِلَ إِذَا قُتِلَ تَعَيَّنَتِ الدِّيَةُ فِي تَرِكَتِهِ، وَعَلَّلَ بِأَنَّ الْوَاجِبَ

بِقَتْلِ الْعَمْدِ أَحَدُ شَيْئَيْنِ، وَقَدْ فَاتَ أَحَدُهُمَا فَتَعَيَّنَ الْآخَرُ.

وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَجِبُ شَيْءٌ إِذَا قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقَوَدُ عَيْنًا، وَهَذَا يَقْوَى عَلَى قَوْلِنَا: إِنَّ الدِّيَةَ لَا تَثْبُتُ إِلَّا بِالتَّرَاضِي.

وَخَرَّجَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ وَجْهًا آخَرَ وَقَوَّاهُ أَنَّهُ تَسْقُطُ الدِّيَةُ بِمَوْتِ الْقَاتِلِ أَوْ قَتْلِهِ بِكُلِّ حَالٍ مُعْسِرًا كَانَ أَوْ مُوسِرًا، وَسَوَاءٌ قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقَوَدُ عَيْنًا أَوْ أَحَدُ شَيْئَيْنِ؛ لِأَنَّ الدِّيَةَ إِنَّمَا تَجِبُ بِإِزَاءِ الْعَفْوِ وَبَعْدَ مَوْتِ الْقَاتِلِ لَا عَفْوَ، فَيَكُونُ مَوْتُهُ كَمَوْتِ الْعَبْدِ الْجَانِي.

وَالْعَجَبُ مِنَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ كَيْفَ حَمَلَ هَذِهِ الرِّوَايَةَ عَلَى أَنَّ أَوْلِيَاءَ الْمَقْتُولِ الْأَوَّلِ يُخَيَّرُونَ فِي الْقَاتِلِ الثَّانِي بَيْنَ أَنْ يَقْتَصُّوا مِنْهُ أَوْ يَأْخُذُوا الدِّيَةَ، وَتَبِعَهُ عَلَى ذَلِكَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فَحَكَاهُ رِوَايَةً، وَمَنْ تَأَمَّلَ لَفْظَ الرِّوَايَةِ عَلِمَ أَنَّهَا لَا تَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ أَلْبَتَّةَ.

وَقَالَ الْقَاضِي أَيْضًا فِي خِلَافِهِ: الدِّيَةُ وَاجِبَةٌ فِي التَّرِكَةِ، سَوَاءٌ قُلْنَا: الْوَاجِبُ أَحَدُ شَيْئَيْنِ أَو الْقِصَاصُ عَيْنًا، وَكَلَامُ أَحْمَدَ يَدُلُّ عَلَى خِلَافِ ذَلِكَ كَمَا رَأَيْتُهُ.

وَكَذَلِكَ نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي الرَّجُلِ يَقْتُلُ عَمْدًا ثُمَّ يُقَدَّمُ لِيُقَادَ مِنْهُ، فَيَأْتِي رَجُلٌ فَيَقْتُلُهُ، قَالَ: الْوَلِيُّ الْأَوَّلُ بِالْخِيَارِ؛ إِنْ شَاءَ قَتَلَ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَةَ، فَلَمَّا ذَهَبَ الدَّمُ فَيُنْظَرُ إِلَى أَوْلِيَاءِ هَذَا الْمَقْتُولِ الثَّانِي، فَإِنْ هُمْ أَخَذُوا الدِّيَةَ مِنَ الْقَاتِلِ الْأَخِيرِ فَقَدْ صَارَ مِيرَاثًا مِنْ مَالِهِ، ثُمَّ يَعُودُ أَوْلِيَاءُ الدَّمِ الْأَوَّلِ فَيَأْخُذُونَهَا مِنْهُمْ بِدَمِ صَاحِبِهِمْ.

وَكَذَلِكَ نَقَلَ أَبُو الخَطَّابِ عَنْ أَحْمَدَ وَقَالَ: إِذَا فَاتَهُ الدَّمُ أَخَذَ الدِّيَةَ مِنْ مَالِهِ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ؛ لِأَنَّهُ مُخَيَّرٌ؛ إِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَةَ وَإِنْ شَاءَ عَفَا، وَهَذَا كُلُّهُ تَصْرِيحٌ بِالحُكْمِ وَالتَّعْلِيلِ، وَجَعَلَ المُطَالَبَةَ بِالدِّيَةِ لِأَوْلِيَاءِ الْقَاتِلِ الأَوَّلِ؛ لِأَنَّ الدِّيَةَ فِي مَالِهِ.

وَخَرَّجَ صَاحِبُ المُغْنِي وَجْهًا أَنَّ المُطَالَبَةَ لِقَاتِلِ الْقَاتِلِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ فَوَّتَ مَحَلَّ الحَقِّ فَهُوَ كَمَا لَوْ قَتَلَ الْعَبْدَ الجَانِي.

وَلِلْأَصْحَابِ وَجْهَانِ فِيمَا إِذَا قَتَلَ الجَانِي بَعْضَ الْوَرَثَةِ، حَيْثُ لَا يَنْفَرِدُ بِالِاسْتِيفَاءِ، هَلِ الْبَاقِينَ حِصَّتُهُمْ مِنَ الدِّيَةِ فِي مَالِ الجَانِي أَمْ عَلَى المُقْتَصِّ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، وَعَلَى الْأَوَّلِ يَرْجِعُ وَرَثَةُ الجَانِي عَلَى المُقْتَصِّ بِمَا فَوْقَ حَقِّهِ.

وَنَقَلَ صَالِحٌ وَابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَجُلٍ قَتَلَ رَجُلًا فَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ عِنْدَ الحَاكِمِ، فَأَمَرَ بِقَتْلِهِ، فَعَدَا بَعْضُ وَرَثَةِ المَقْتُولِ فَقَتَلَ الرَّجُلَ بِغَيْرِ أَمْرِ الحَاكِمِ، فَقَالَ: هَذَا قَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقَتْلُ، مَا لِلْحَاكِمِ هَاهُنَا؟

وَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ ضَمَانٌ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى الحَقَّ لِنَفْسِهِ وَلِشُرَكَائِهِ، وَلَا سِيَّمَا إِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ بِقَتْلِ الْعَمْدِ الْقَوَدُ عَيْنًا.

وَمِنْهَا: لَوْ عَيَّنَ الْأُضْحِيَّةَ أَوْ هَدْيًا، لَا عَنْ وَاجِبٍ فِي الذِّمَّةِ، فَإِنْ أَتْلَفَهُ أَوْ تَلِفَ بِتَفْرِيطِهِ فَعَلَيْهِ ضَمَانُهُ بِمِثْلِهِ؛ لِأَنَّ مُسْتَحِقَّهُ مَوْجُودٌ، وَهُمْ مَسَاكِينُ، وَإِنْ تَلِفَ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

وَنَقَلَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَأَبُو الخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي عُمَدِهِ رِوَايَةً بِوُجُوبِ الضَّمَانِ كَالزَّكَاةِ، وَأَخَذُوهُ مِنْ قَوْلِ الخِرَقِيِّ: وَمَنْ سَاقَ هَدْيًا وَاجِبًا فَعَطِبَ

دُونَ مَحَلِّهِ فَعَلَيْهِ مَكَانُهُ، وَهَذَا بَعِيدٌ جِدًّا، وَكَلَامُ الخِرَقِيِّ إِنَّمَا هُوَ فِي الْوَاجِبِ فِي الذِّمَّةِ.

قَالُوا: وَكَذَا الخِلَافُ فِيمَنْ نَذَرَ الصَّدَقَةَ بِمَالٍ مُعَيَّنٍ وَلَمْ يَفْعَلْ حَتَّى تَلِفَ، هَلْ يَضْمَنُهُ؟ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ.

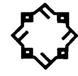
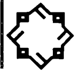
وَمِنْهَا: لَوْ نَذَرَ عِتْقَ عَبْدٍ مُعَيَّنٍ فَمَاتَ قَبْلَ أَنْ يُعْتِقَهُ، لَمْ يَلْزَمْهُ عِتْقُ غَيْرِهِ، وَلَزِمَهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ لِعَجْزِهِ عَنِ المَنْذُورِ، وَإِنْ قَتَلَهُ السَّيِّدُ فَهَلْ يَلْزَمُهُ ضَمَانُهُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَلْزَمُهُ، قَالَهُ الْقَاضِي وَأَبُو الخَطَّابِ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ مِنَ الْعِتْقِ تَكْمِيلُ الْأَحْكَامِ وَالمَصْرِفُ لِلْعَبْدِ، فَإِذَا فَاتَ المَصْرِفُ لَمْ يَبْقَ مُسْتَحِقٌّ لِلْعِتْقِ.

وَالثَّانِي: يَلْزَمُهُ، قَالَهُ ابْنُ عَقِيلٍ، فَيَجِبُ صَرْفُ قِيمَتِهِ فِي الرِّقَابِ؛ أَخْذًا مِنْ قَوْلِنَا فِي الْوَلَاءِ: إِذَا حَصَلَ مِن المُعْتِقِينَ فِي الْكَفَّارَةِ صَرْفٌ فِي الرِّقَابِ وَالْوَلَاءِ أَلَيْسَ مِنَ الْقِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ الاِكْتِسَابِ وَالْقِيمَةُ بَدَلُ الذَّاتِ؟ وَإِذَا كَانَتْ هَذِهِ الرِّقَابُ مَصْرِفًا فَلَا وَجْهَ لِسُقُوطِ الْقِيمَةِ عَنْهُ، وَلَوْ أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ فَقَالَ أَبُو الخَطَّابِ: لِسَيِّدِهِ الْقِيمَةُ، وَلَا يَلْزَمُهُ صَرْفُهَا فِي الْعِتْقِ.

وَخَرَّجَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ وَجْهًا بِوُجُوبِهِ، وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ ابْنِ عَقِيلٍ؛ لِأَنَّ الْبَدَلَ قَائِمٌ مَقَامَ المُبْدَلِ، وَلِهَذَا لَوْ وَصَّى لَهُ بِعَبْدٍ فَقُتِلَ قَبْلَ قَبُولِهِ فَإِنَّ قِيمَتَهُ لَهُ إِذَا قُتِلَ.

⁕ ⁕ ⁕

الْقَاعِدَةُ التَّاسِعَةُ وَالثَّلاثُونَ بَعْدَ المِائَةِ



الحُقُوقُ الْوَاجِبَةُ مِنْ جِنْسٍ إِذَا كَانَ بَعْضُهَا مُقَدَّرًا بِالشَّرْعِ وَبَعْضُهَا غَيْرَ مُقَدَّرٍ بِهِ، فَهِيَ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ:

أَحَدُهَا: أَنْ يَكُونَ تَقْدِيرُ الحَقِّ خَشْيَةَ سُقُوطِ صَاحِبِهِ، فَحَيْثُ كَانَ مَنْ لَمْ يُقَدَّرْ حَقُّهُ يَسْتَحِقُّ الجَمِيعَ عِنْدَ الِانْفِرَادِ، كَذَوِي الْفُرُوضِ مَعَ الْعَصَبَاتِ فِي المِيرَاثِ، فَهَاهُنَا قَدْ يَزِيدُ الحَقُّ الَّذِي لَمْ يُقَدَّرْ عَلَى الحَقِّ المُقَدَّرِ؛ لِأَنَّهُ أَقْوَى مِنْهُ.

وَالنَّوْعُ الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ التَّقْدِيرُ لِنِهَايَةِ الِاسْتِحْقَاقِ وَغَيْرُ المُقَدَّرِ مَوْكُولًا إِلَى الرَّأْيِ وَالِاجْتِهَادِ مِنْ غَيْرِ تَقْدِيرِهِ بِأَصْلٍ يُرْجَعُ إِلَيْهِ، فَلَا يُزَادُ الحَقُّ الَّذِي لَمْ يُقَدَّرْ عَلَى المُقَدَّرِ هَاهُنَا، وَلَهُ صُوَرٌ:

مِنْهَا: الحَدُّ وَالتَّعْزِيرُ، فَلَا يَبْلُغُ بِتَعْزِيرِ الحُرِّ وَالْعَبْدِ أَدْنَى حُدُودِهِمَا إِلَّا فِيمَا سَبَبُهُ الْوَطْءَ، فَيَجُوزُ أَنْ يَبْلُغَ بِالتَّعْزِيرِ عَلَيْهِ فِي حَقِّ الحُرِّ مِائَةَ جَلْدَةٍ بِدُونِ نَفْيٍ، وَقِيلَ: لَا يَبْلُغُ المِائَةَ بَلْ يَنْقُصُ مِنْهُ سَوْطًا، وَفِي حَقِّ الْعَبْدِ خَمْسِينَ إِلَّا سَوْطًا، وَيَجُوزُ النَّقْصُ مِنْهُ عَلَى مَا يَرَاهُ السُّلْطَانُ.

وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ حَكَى أَنَّهُ لَا يَبْلُغُ بِالتَّعْزِيرِ فِي مَعْصِيَةٍ حَدًّا مَشْرُوعًا فِي جِنْسِهَا، وَيَجُوزُ أَنْ يَزِيدَ عَلَى حَدِّ غَيْرِ جِنْسِهَا.

قَالَ فِي المُغْنِي: وَيَحْتَمِلُهُ كَلَامُ أَحْمَدَ وَالخِرَقِيِّ. وَعَنْ أَحْمَدَ: لَا يُزَادُ فِي كُلِّ تَعْزِيرٍ

عَشْرُ جَلَدَاتٍ لِخَبَرِ أَبِي بُرْدَةَ[١].

وَمِنْهَا: السَّهْمُ مِنَ الْغَنِيمَةِ وَالرَّضْخُ، فَلَا يَبْلُغُ بِالرَّضْخِ لِآدَمِيٍّ سَهْمَهُ الْمُقَدَّرَ، وَلَا بِالرَّضْخِ لِمَرْكُوبٍ سَهْمَهُ الْمُقَدَّرَ.

النَّوْعُ الثَّالِثُ: أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا مُقَدَّرًا شَرْعًا، وَالْآخَرُ تَقْدِيرُهُ رَاجِعٌ إِلَى الِاجْتِهَادِ، وَلَكِنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى أَصْلٍ يُضْبَطُ بِهِ، فَهَلْ هُوَ كَالْمُقَدَّرِ أَمْ لَا؟

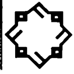
إِنْ كَانَ مَحِلُّهُمَا وَاحِدًا لَمْ يُجَاوِزْ بِهِ الْمُقَدَّرَ، وَفِي بُلُوغِهِ خِلَافٌ، وَإِنْ كَانَ مَحِلُّهُمَا مُخْتَلِفًا فَالْخِلَافُ فِي بُلُوغِ الْمُقَدَّرِ وَمُجَاوَزَتِهِ، فَالْأَوَّلُ كَالْحُكُومَةِ إِذَا كَانَتْ فِي مَحِلٍّ لَهُ مُقَدَّرٍ، فَلَا يُجَاوِزُ بِهَا الْمُقَدَّرَ، وَكَذَلِكَ الْمَحِلُّ، وَفِي بُلُوغِهِ وَجْهَانِ.

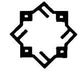
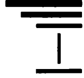
وَالثَّانِي: كَدِيَةِ الْحُرِّ مَعَ قِيمَةِ الْعَبْدِ، فَإِذَا جَاوَزَتْ قِيمَةَ الْعَبْدِ فَهَلْ تَجِبُ الْقِيمَةُ بِكَمَالِهِ أَمْ لَا يَجُوزُ أَنْ يَبْلُغَ بِهَا دِيَةَ الْحُرِّ بَلْ يَنْقُصُ مِنْهَا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَقَدْ يُخَرَّجُ عَلَيْهِمَا جَوَازُ بُلُوغِ الْحُكُومَةِ الْأَرْشَ الْمُقَدَّرَ مُطْلَقًا.



---

(١) أخرجه البخاري: كتاب الحدود، باب كم التعزير والأدب، رقم (٦٨٥٠)، ومسلم: كتاب الحدود، باب قدر أسواط التعزير، رقم (١٧٠٨).



الْقَاعِدَةُ الأَرْبَعُونَ بَعْدَ المِائَةِ



مَنْ سَقطَتْ عَنْهُ الْعُقُوبَةُ بِإِتْلَافِ نَفْسٍ أَوْ طَرَفٍ، مَعَ قِيَامِ الْمُقْتَضَى لَهُ لِمَانِعٍ، فَإِنَّهُ يَتَضَاعَفُ عَلَيْهِ الْغُرْمُ، وَيَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: إِذَا قَتَلَ مُسْلِمٌ ذِمِّيًّا عَمْدًا ضَمِنَهُ بِدِيَةِ مُسْلِمٍ.

وَمِنْهَا: مَنْ سَرَقَ مِنْ غَيْرِ حِرْزٍ فَإِنَّهُ يَتَضَاعَفُ عَلَيْهِ الْغُرْمُ، نَصَّ عَلَيْهِ، وَقِيلَ: يَخْتَصُّ ذَلِكَ بِالثَّمَرِ وَالْكَثَرِ[1].

وَمِنْهَا: الضَّالَّةُ المَكْتُومَةُ[2]، يَضْمَنُ بِقِيمَتِهَا مَرَّتَيْنِ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ، مُعَلِّلًا بِأَنَّ التَّضْعِيفَ فِي الضَّمَانِ هُوَ لِدَرْءِ الْقَطْعِ، وَهَذَا مُتَوَجِّهٌ عَلَى أَصْلِهِ فِي قَطْعِ جَاحِدِ الْعَارِيَّةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَلَعَ الْأَعْوَرُ عَيْنَ الصَّحِيحِ، فَإِنَّهُ لَا يُقْتَصُّ مِنْهُ، وَتَلْزَمُهُ الدِّيَةُ كَامِلَةً، نَصَّ عَلَيْهِ.

وَمِنْهَا: الصَّغِيرُ إِذَا قَتَلَ عَمْدًا وَقُلْنَا: إِنَّ لَهُ عَمْدًا صَحِيحًا، ضُوعِفَ عَلَيْهِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ.

وَمِنْهَا: السَّرِقَةُ عَامَ المَجَاعَةِ، قَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: يَتَضَاعَفُ الْغُرْمُ فِيهَا

---

(١) الكثر: جمار النخل، وهو شحمه الذي في وسط النخل. انظر النهاية (كثر).

(٢) هي التي كتمها الواجد ولم يعرفها ولم يشهد عليها.

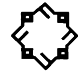
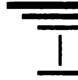
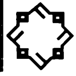
مِنْ غَيْرِ قَطْعٍ عَلَى قَوْلِ أَحْمَدَ؛ لِأَنَّهُ احْتَجَّ فِي رِوَايَةِ الْأَثْرَمِ بِحَدِيثِ عُمَرَ فِي رَقِيقِ حَاطِبٍ[1].

وَمِنْهَا: السَّرِقَةُ مِن الْغَنِيمَةِ إذَا قُلْنَا: هِيَ كَالْغُلُولِ، وَإِنَّ الْغَالَّ يُحْرَمُ سَهْمَهُ مِنْهَا عَلَى رِوَايَةٍ، فَيَجْتَمِعُ عَلَيْهِ غُرْمُ مَا سَرَقَهُ مَعَ حِرْمَانِ سَهْمِهِ الْمُسْتَحَقِّ مِنْهَا، وَقَدْ يَكُونُ قَدْرَ السَّرِقَةِ وَأَقَلَّ وَأَكْثَرَ.

وَلَيْسَ مِنْ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ تَغْلِيظُ الدِّيَةِ بِقَتْلِ ذِي الرَّحِمِ عَمْدًا؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ فِيهِ قَدْ يَكُونُ وَاجِبًا فِي غَيْرِ الِابْنِ، وَإِنَّمَا هُوَ لِزِيَادَةِ حُرْمَةِ الْجِنَايَةِ، فَهُوَ كَالتَّضْعِيفِ بِالْقَتْلِ فِي الْحَرَمِ وَالْإِحْرَامِ.



(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٧٤٨، رقم ٣٨).


الْقَاعِدَةُ الحَادِيَةُ وَالأَرْبَعُونَ بَعْدَ المِائَةِ

إِذَا أَتْلَفَ عَيْنًا تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ اللهِ تَعَالَى مَنْ يَجِبُ عَلَيْهِ حِفْظُهَا وَاسْتِيفَاؤُهَا إِلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ، لَزِمَهُ ضَمَانُهَا بِقِيمَتِهَا فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ، لَا يَوْمَ تَلَفِهَا، أَوْ بِمِثْلِهَا عَلَى صِفَاتِهَا فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ، لَا يَوْمَ تَلَفِهَا؛ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ.

وَيَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ صُوَرٌ:

مِنْهَا: لَوْ تَرَكَ السَّاعِي زَكَاةَ الثِّمَارِ أَمَانَةً بِيَدِ رَبِّ المَالِ فَأَتْلَفَهَا قَبْلَ جَفَافِهَا، أَوْ تَلِفَتْ بِتَفْرِيطِهِ؛ ضَمِنَهَا بِقَدْرِهَا يَابِسًا، لَا رَطْبًا، عَلَى الصَّحِيحِ، وَعَنْهُ يَضْمَنُهَا بِمِثْلِهَا رَطْبًا.

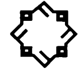
وَمِنْهَا: لَوْ أَتْلَفَ الْأُضْحِيَّةَ أَوِ الْهَدْيَ، فَعَلَيْهِ ضَمَانُهُ بِأَكْثَرِ الْقِيمَتَيْنِ مِنْ يَوْمِ الْإِتْلَافِ أَوْ يَوْمِ النَّحْرِ، وَفِيهِ وَجْهٌ يَضْمَنُهَا بِقِيمَتِهَا يَوْمَ التَّلَفِ قَبْلَ يَوْمِ النَّحْرِ بِكُلِّ حَالٍ، كَمَا لَوْ كَانَ أَجْنَبِيًّا.

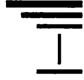
وَفِي الْكَافِي يَضْمَنُهَا بِأَكْثَرِ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيمَتِهَا أَوْ هَدْيِ مِثْلِهَا؛ لِأَنَّهُ فَوَّتَ الْإِرَاقَةَ وَالتَّفْرِقَةَ بَعْدَ لُزُومِهِمَا، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا، كَمَا لَوْ أَتْلَفَ شَيْئَيْنِ، قَالَ: وَيَشْتَرِي بِالْقِيمَةِ هَدْيًا، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهِ.

وَيَلْتَحِقُ بِهَذَا مَا إِذَا أَكَلَ الْمُضَحِّي جَمِيعَ أُضْحِيَّتِهِ، أَوِ الْهَدْيَ مِمَّا مُنِعَ مِنْ أَكْلِهِ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُهُ بِمِثْلِهِ لَحْمًا. نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ؛ لأنه تَلْزَمُهُ الْإِرَاقَةُ

وَالتَّفْرِقَةُ، وَقَدْ أَتَى بِأَحَدِهِمَا وَبَقِيَ الْآخَرُ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهُ، وَلَوْ أَتْلَفَهُ غَيْرُهُ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ الْإِرَاقَةُ، فَلَزِمَتْهُ الْقِيمَةُ، وَيَشْتَرِي بِهَا مِثْلَهُ.








الْقَاعِدَةُ الثَّانِيَةُ وَالأَرْبَعُونَ بَعْدَ المِائَةِ



مَا زَالَ مِنَ الْأَعْيَانِ، ثُمَّ عَادَ بِأَصْلِ الخِلْقَةِ، أَوْ بِصُنْعِ آدَمِيٍّ، هَلْ يُحْكَمُ عَلَى الْعَائِدِ بِحُكْمِ الْأَوَّلِ أَمْ لَا؟

فِيهِ خِلَافٌ يُطْرَدُ فِي مَسَائِلَ:

مِنْهَا: لَوْ قَلَعَ سِنَّهُ أَوْ قَطَعَ أُذُنَهُ فَأَعَادَهُ فِي الحَالِ، فَثَبَتَ وَالْتَحَمَ كَمَا كَانَ، لَمْ يُرَخَّ[1]، فَهَلْ يُحْكَمُ بِطَهَارَتِهِ أَمْ لَا؟

نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى طَهَارَتِهِ إِذَا ثَبَتَ وَالْتَحَمَ، وَعَلَى نَجَاسَتِهِ إِذَا لَمْ يَثْبُتْ.

وَحَكَى الْقَاضِي المَسْأَلَةَ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَفَرَّقَ ابْنُ أَبِي مُوسَى بَيْنَ أَنْ يَثْبُتَ وَيَلْتَحِمَ فَيُحْكَمَ بِطَهَارَتِهِ لِعَوْدِ الحَيَاةِ إِلَيْهِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَثْبُتْ، وَهَذَا حَسَنٌ.

فَإِنْ كَانَ بِجِنَايَةِ جَانٍ فَالمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا قَوَدَ فِيهِ وَلَا دِيَةَ سِوَى حُكُومَةِ نَقْصِهِ. وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ، وَبَنَاهُ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ عَلَى الْقَوْلِ بِطَهَارَتِهِ.

وَقَالَ الْقَاضِي: حَقُّهُ بِحَالِهِ، فَأَمَّا إِنِ اقْتَصَّ مِنَ الجَانِي فَأَعَادَهُ وَالْتَحَمَ، فَهَلْ لِلْمُقْتَصِّ إِبَانَتُهُ ثَانِيًا أَمْ لَا؟

نَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ عَلَى أَنَّ لَهُ إِبَانَتَهُ، وَعَلَّلَ بِأَنَّ الْقِصَاصَ

---

(١) الرَّخ: الشَّدْخ والكسر.

لِلشَّيْنِ[١]، وَالشَّيْنُ قَدْ زَالَ، وَقَالَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَلَعَ ظُفُرَ آدَمِيٍّ أَوْ سِنَّهُ أَوْ شَعَرَهُ، ثُمَّ عَادَ، أَوْ جَنَى عَلَيْهِ فَأَذْهَبَ شَمَّهُ أَوْ بَصَرَهُ، ثُمَّ عَادَ بِحَالِهِ، فَلَا ضَمَانَ بِحَالٍ فِي الْمَذْهَبِ؛ لِأَنَّ أَطْرَافَ الْآدَمِيِّ لَا تُضْمَنُ بِالْإِتْلَافِ؛ إِذْ لَيْسَتْ أَمْوَالًا، فَإِنَّمَا يَضْمَنُ بِمَا نَقَصَ الْجُمْلَةَ، وَلَمْ يُوجَدْ نَقْصٌ، وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ، صَرَّحَ بِهِ جَمَاعَةٌ.

وَيَتَوَجَّهُ التَّفْرِيقُ لِأَنَّ أَعْضَاءَ الرَّقِيقِ أَمْوَالٌ، وَلِهَذَا يَجُوزُ بَيْعُ لَبَنِ الْأَمَةِ دُونَ الْحُرَّةِ؛ عَلَى وَجْهٍ لَنَا، وَقَدْ ذَكَرُوا فِي الْجَارِيَةِ الْمَغْصُوبَةِ إِذَا هُزِلَتْ[٢] عِنْدَ الْغَاصِبِ ثُمَّ سَمِنَتْ، فَهَلْ يَضْمَنُ نَقْصَهَا؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، وَالْأَشْبَهُ بِكَلَامِهِ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ؛ لِأَنَّهُ نَصَّ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِيمَنْ كَسَرَ خَلْخَالًا لِغَيْرِهِ أَنَّ عَلَيْهِ إِصْلَاحَهُ، وَبَيْنَهُمَا فَرْقٌ؛ فَإِنَّ إِصْلَاحَ الْخَلْخَالِ نَوْعُ ضَمَانٍ، بِخِلَافِ عَوْدِ السَّمْنِ.

وَلَكِنْ صَرَّحَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ بِأَنَّهُ لَوْ غَصَبَ جِدَارًا فَنَقَضَهُ، ثُمَّ أَعَادَهُ، فَعَلَيْهِ أَرْشُ نَقْصِهِ، إِلَّا أَنَّ هَذَا بَنَاهُ، عَلَى أَنَّ الْوَاجِبَ الْأَرْشُ، فَالْبِنَاءُ عُدْوَانٌ، وَلَا يَسْقُطُ بِهِ الْوَاجِبُ.

وَكَذَلِكَ ذَكَرَ الْقَاضِي فِيمَا إِذَا بَاعَ الْغَاصِبُ الدَّارَ الْمَغْصُوبَةَ، فَنَقَضَهَا الْمُشْتَرِي ثُمَّ بَنَاهَا، أَنَّ عَلَى الْمُشْتَرِي ضَمَانَ قِيمَتِهَا مَبْنِيَّةً وَمَنْقُوضَةً، يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ.

---

(١) الشين: العيب، وهو ضد الزَّين.

(٢) من الـهُزَال، وهو ضد السِّمَن.

وَمِنْهَا: نَبَاتُ الحَرَمِ إِذَا قَطَعَهُ، أَوْ قَلَعَ غُصْنًا مِنْ شَجَرَةٍ مِنْهُ ثُمَّ عَادَ، فَفِي ضَمَانِهِ وَجْهَانِ، وَكَذَلِكَ لَوْ جَنَى عَلَى رِيشِ طَائِرٍ فِي الحَرَمِ أَوِ الْإِحْرَامِ، ثُمَّ نَبَتَ، فَهَلْ يَضْمَنُهُ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ؛ لِتَرَدُّدِ ضَمَانِ صَيْدِ الحَرَمِ وَنَبَاتِهِ وَصَيْدِ الْمُحْرِمِ بَيْنَ ضَمَانِ الْأَمْوَالِ؛ إِذْ هِيَ أَمْوَالٌ فِي الجُمْلَةِ، وَبَيْنَ ضَمَانِ الْآدَمِيِّينَ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ لِحَقِّ اللهِ تَعَالَى.

وَالْأَشْبَهُ أَنَّ صَيْدَ الحَرَمِ وَنَبَاتَهُ مُلْحَقٌ بِالْآدَمِيِّينَ؛ لِعِصْمَتِهِ بِمَحِلِّهِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى جَمِيعِ النَّاسِ، بِخِلَافِ صَيْدِ الْمُحْرِمِ؛ فَإِنَّ تَحْرِيمَهُ يَخْتَصُّ بِهِ، فَهُوَ شَبِيهٌ بِالْأَمْوَالِ المَمْلُوكَةِ الَّتِي تَحِلُّ لِمَالِكِهَا دُونَ غَيْرِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَعَارَهُ حَائِطًا لِوَضْعِ خَشَبِهِ عَلَيْهِ، فَسَقَطَ الجِدَارُ، ثُمَّ أَعَادَهُ، فَهَلْ لَهُ إِعَادَةُ الْوَضْعِ أَمْ لَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ بِدُونِ إِذْنٍ؛ لِأَنَّ الثَّانِيَ غَيْرُ الْأَوَّلِ، فَلَمْ تَتَنَاوَلْهُ الْإِعَادَةُ وَالصُّلْحُ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الْعَارِيَّةِ.

وَالثَّانِي: لَهُ ذَلِكَ إِنْ أَعَادَهُ بِآلَتِهِ الْعَتِيقَةِ، وَإِلَّا فَلَا، وَحُكِيَ عَنِ الْقَاضِي، وَلَا أَظُنُّهُ يَصِحُّ عَنْهُ، وَلَوْ كَانَ الْوَضْعُ مُسْتَحقًّا بِعَقْدِ صُلْحٍ فَلَهُ الْوَضْعُ بِكُلِّ حَالٍ، وَجْهًا وَاحِدًا.

وَمِنْهَا: إِذَا أَجَّرَهُ دَارًا فَانْهَدَمَ جِدَارُهَا، فَأَعَادَهُ الْمُؤَجِّرُ، فَصَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ بِأَنَّ هَذَا المُجَدَّدَ لَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ الْعَقْدُ، وَفَرَّعَا عَلَيْهِ أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ عَلَى التَّجْدِيدِ، وَكَذَا ذَكَرَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ مَعَ قَوْلِهِ: إِنْ جَدَّدَ فَلَا خِيَارَ لَهُ. وَحَكَى وَجْهًا بِإِجْبَارِهِ عَلَى التَّجْدِيدِ، كَمَا يُجْبَرُ عَلَى التَّرْمِيمِ، وَيَتَوَجَّهُ التَّفْرِيقُ بَيْنَ أَنْ تُعَادَ بِآلَتِهَا الْعَتِيقَةِ أَوْ غَيْرِهَا كَمَا فِي الَّتِي قَبْلَهَا.

وَمِنْهَا: مَسْأَلَةُ الجِدَارِ المُشْتَرَكِ إِذَا انْهَدَمَ وَأَعَادَهُ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ، فَهَلْ يَعُودُ حَقُّ شَرِيكِهِ فِيهِ؟

إِنْ أَعَادَهُ بِآلَةٍ جَدِيدَةٍ لَمْ يَعُدْ، وَإِنْ كَانَ بِآلَتِهِ الْعَتِيقَةِ فَوَجْهَانِ، سَبَقَ ذِكْرُهُمَا.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى لَهُ بِدَارٍ فَانْهَدَمَتْ فَالمَشْهُورُ بُطْلَانُ الْوَصِيَّةِ بِزَوَالِ الِاسْمِ، وَلَا يَعُودُ بِعَوْدِ الْبِنَاءِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ الْأَوَّلِ، وَيَتَوَجَّهُ عَوْدُهَا إِنْ أَعَادَهَا بِآلَتِهَا الْقَدِيمَةِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ: لَا تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ بِكُلِّ حَالٍ، وَلَوْ لَمْ يَعُدْ بِنَاؤُهَا، وَعَلَى هَذَا فَهَلْ يَسْتَحِقُّ أَنْقَاضَهَا المَوْجُودَةَ حَالَ الْوَصِيَّةِ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ يَرْجِعَانِ إِلَى أَنَّ الِاعْتِبَارَ هَلْ هُوَ بِحَالِ الْوَصِيَّةِ أَوْ بِحَالِ المَوْتِ؟ وَهَلْ يَسْتَحِقُّ الْبِنَاءَ المُتَجَدِّدَ فِيهَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ أَيْضًا.

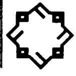
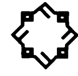
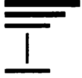
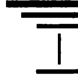
وَمِنْهَا: إِذَا تَهَدَّمَتِ الْكَنِيسَةُ الَّتِي تَقَرُّ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ، فَهَلْ يُمَكَّنُونَ مِنْ إِعَادَتِهَا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ مَعْرُوفَتَيْنِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْإِعَادَةَ هَلْ هِيَ اسْتِدَامَةٌ أَوْ إِنْشَاءٌ.

وَلَوْ فُتِحَ بَلَدٌ عَنْوَةً وَفِيهِ كَنِيسَةٌ مُتَهَدِّمَةٌ تَقَرُّ فَهَلْ يَجُوزُ بِنَاؤُهَا؟ فِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: المَنْعُ مِنْهُ مُطْلَقًا.

وَالثَّانِي: بِنَاؤُهُ عَلَى الخِلَافِ فِي بِنَاءِ المُنْهَدِمَةِ.



الْقَاعِدَةُ الثَّالِثَةُ وَالأَرْبَعُونَ بَعْدَ المِائَةِ



يَقُومُ الْبَدَلُ مَقَامَ الْمُبْدَلِ وَيَسُدُّ مَسَدَّهُ، وَيُبْنَى حُكْمُهُ عَلَى حُكْمِ مُبْدَلِهِ فِي مَوَاضِعَ كَثِيرَةٍ، وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُ بَعْضِهَا.

وَمِنْهَا: إِذَا مَسَحَ عَلَى الخُفِّ ثُمَّ خَلَعَهُ، فَإِنَّهُ يُجْزِئُهُ غَسْلُ قَدَمَيْهِ عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ، وَلَوْ فَاتَتِ المُوَالَاةُ؛ لِأَنَّ المَسْحَ كَمَّلَ الْوُضُوءَ وَأَتَمَّهُ، وَقَامَ مَقَامَ غَسْلِ الرِّجْلَيْنِ إِلَى حِينِ الخَلْعِ، فَإِذَا وُجِدَ الخَلْعُ وَتَعَقَّبَهُ غَسْلُ الْقَدَمَيْنِ فَالْوُضُوءُ كَالْمُتَوَاصِلِ.

وَعَلَى هَذَا لَوْ وَجَدَ مَا يَكْفِي لِغَسْلِ بَعْضِ أَعْضَاءِ الحَدَثِ الْأَصْغَرِ، فَاسْتَعْمَلَهُ فِيهَا، ثُمَّ تَيَمَّمَ لِلْبَاقِي، ثُمَّ وَجَدَ المَاءَ بَعْدَ فَوَاتِ الْمُوَالَاةِ، لَمْ يَلْزَمْهُ إِلَّا غَسْلُ بَاقِي الْأَعْضَاءِ، وَهُوَ ظَاهِرُ مَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ فِي شَرْحِ الْهِدَايَةِ، لَكِنَّهُ بَنَاهُ عَلَى سُقُوطِ الْمُوَالَاةِ لِلْعُذْرِ.

وَمِنْهَا: لَوِ افْتَرَقَ الْمُتصارِفَانِ، ثُمَّ وَجَدَ أَحَدُهُمَا بِمَا قَبَضَهُ عَيْبًا، وَأَرَادَ الرَّدَّ وَأَخْذَ بَدَلِهِ فِي مَجْلِسِ الرَّدِّ، فَهَلْ يُنْتَقَضُ الصَّرْفُ بِذَلِكَ أَمْ لَا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا حَضَرَ الجُمُعَةَ أَرْبَعُونَ رَجُلًا مِنْ أَهْلِ وُجُوبِهَا، ثُمَّ تَبَدَّلُوا فِي أَثْنَاءِ الخُطْبَةِ أَوِ الصَّلَاةِ بِمِثْلِهِمُ انْعَقَدَتِ الجُمُعَةُ وَتَمَّتْ بِهِمْ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَبْدَلَ نِصَابًا مِنْ أَمْوَالِ الزَّكَاةِ بِنِصَابٍ مِنْ جِنْسِهِ بُنِيَ عَلَى حَوْلِ

الْأَوَّلِ عَلَى المَذْهَبِ، وَلَوْ أَبْدَلَهُ بِغَيْرِ جِنْسِهِ اسْتَأْنَفَ، إِلَّا فِي إِبْدَالِ أَحَدِ النَّقْدَيْنِ بِالْآخَرِ، فَإِنَّ فِيهِ رِوَايَتَيْنِ، وَخَرَّجَ أَبُو الخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ رِوَايَةً بِالْبِنَاءِ فِي الْإِبْدَالِ مِنْ غَيْرِ الجِنْسِ مُطْلَقًا.

وَمِنْهَا: لَوْ أَبْدَلَ مُصْحَفًا بِمِثْلِهِ جَازَ، نَصَّ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ بَاعَهُ بِثَمَنٍ، وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ فِي المُبَادَلَةِ هَلْ هِيَ بَيْعٌ أَمْ لَا؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَأَنْكَرَ الْقَاضِي ذَلِكَ وَقَالَ: هِيَ بَيْعٌ بِلَا خِلَافٍ، وَإِنَّمَا أَجَازَ أَحْمَدُ إِبْدَالَ المُصْحَفِ بِمِثْلِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدُلُّ عَلَى الرَّغْبَةِ عَنْهُ وَلَا عَلَى الِاسْتِبْدَالِ بِهِ بِعِوَضٍ دُنْيَوِيٍّ، بِخِلَافِ أَخْذِ ثَمَنِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَبْدَلَ جُلُودَ الْأَضَاحِيِّ بِمَا يَنْتَفِعُ بِهِ فِي الْبَيْتِ مِنَ الْآنِيَةِ جَازَ، نَصَّ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَقُومُ مَقَامَ الِانْتِفَاعِ بِالجِلْدِ نَفْسِهِ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ.

وَمِنْهَا: إِبْدَالُ الْهَدْيِ وَالْأَضَاحِيِّ بِخَيْرٍ مِنْهَا، وَهُوَ جَائِزٌ، نَصَّ عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ إِبْدَالُ الْوَقْفِ إِذَا خَرِبَ وَالمَسْجِدِ إِذَا بَادَ أَهْلُهُ، وَالْوَقْفِ مَعَ عِمَارَتِهِ بِخَيْرٍ مِنْهُ، رِوَايَتَانِ.

وَمِنْهَا: لَوْ مَاتَ رَبُّ المَالِ وَهُوَ فِي يَدِ المُضَارِبِ أَوْ شَرِيكِ الْعِنَانِ، وَأَرَادَ الْوَارِثُ تَقْرِيرَهُ، وَأَذِنَ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ، جَازَ، وَهَلْ هُوَ ابْتِدَاءُ عَقْدٍ أَوِ اسْتِدَامَةٌ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، ذَكَرَهُمَا فِي التَّلْخِيصِ وَغَيْرِهِ، وَأَشَارَ إِلَيْهِمَا الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ بِأَنْ كَانَ المَالُ عَرْضًا وَقُلْنَا: يَصِحُّ الْقِرَاضُ عَلَى الْعَرْضِ، فَلَا كَلَامَ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَصِحُّ فَخَرَّجَهُمَا الْقَاضِي عَلَى وَجْهَيْنِ.

قَالَ فِي التَّلْخِيصِ: إنْ قُلْنَا: هُوَ ابْتِدَاءٌ، فَلَا يَصِحُّ، وَإِنْ قُلْنَا: تَقْرِيرٌ، جَازَ؛ لِأَنَّهُ عَرْضٌ هُوَ اشْتَرَاهُ، وَجِنْسُ رَأْسِ المَالِ قَدْ تَعَيَّنَ مِنْ قَبْلُ، فَرَجَعَ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ الِابْتِدَاءِ.

أَمَّا إذَا مَاتَ الْعَامِلُ وَأَرَادَ المَالِكُ تَقْرِيرَ وَارِثِهِ، وَكَانَ المَالُ عَرْضًا، فَهُوَ كَالِابْتِدَاءِ، وَجْهًا وَاحِدًا، قَالَهُ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ.

وَفَرَّقُوا بَيْنَ مَوْتِ رَبِّ المَالِ وَمَوْتِ الْعَامِلِ بِأَنَّ رَبَّ المَالِ تَرَكَ لِلْوَارِثِ أَصْلًا يَبْنِي عَلَيْهِ، وَهُوَ المَالُ، فَلِذَلِكَ صَحَّ بِنَاءُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ الْعَامِلِ، فَإِنَّهُ لَمْ يَكُنْ مِنْهُ سِوَى الْعَمَلِ، وَقَدْ زَالَ بِمَوْتِهِ، فَلَمْ يَخْلُفْ لِوَارِثِهِ أَصْلًا يَبْنِي عَلَيْهِ.

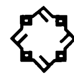
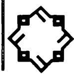
وَمِنْهَا: لَوْ كَاتَبَهُ عَلَى عَرْضٍ فَأَدَّاهُ، فَوَجَدَهُ مَعِيبًا فَرَدَّهُ، فَهَلْ يَسْتَحِقُّ بَدَلَهُ وَلَا يَرْتَفِعُ الْعِتْقُ أَمْ يَرْتَفِعُ الْعِتْقُ بِرَدِّهِ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، وَبَنَاهُ بَعْضُهُمْ عَلَى أَنَّ المِلْكَ هَلْ يَحْصُلُ بِالْقَبْضِ أَمْ يَقِفُ عَلَى الرِّضَى.

وَمِنْهَا: لَوِ اعْتَاضَ عَنْ دَيْنِ الْكِتَابَةِ بِغَيْرِ جِنْسِهِ، فَهَلْ يُعْتَقُ المُكَاتَبُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: أَنَّ الْعِوَضَ هَلْ يَقُومُ مَقَامَ المُعَوَّضِ فِي الْبِرِّ وَالحِنْثِ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

⁂

الْقَاعِدَةُ الرَّابِعَةُ وَالأَرْبَعُون بَعْدَ المِائَةِ



فِيمَا يَقُومُ فِيهِ الْوَرَثَةُ مَقَامَ مَوْرُوثِهِمْ مِنَ الحُقُوقِ، وَهِيَ نَوْعَانِ: حَقٌّ لَهُ وَحَقٌّ عَلَيْهِ.

فَأَمَّا النَّوْعُ الْأَوَّلُ: فَمَا كَانَ مِنْ حُقُوقِهِ يَجِبُ بِمَوْتِهِ؛ كَالدِّيَةِ وَالْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ، فَلَا رَيْبَ فِي أَنَّ لَهُم اسْتِيفَاءَهُ، وَسَوَاءٌ قُلْنَا: إِنَّهُ ثَابِتٌ لَهُمُ ابْتِدَاءً أَوْ مُنْتَقِلٌ إِلَيْهِمْ عَنْ مَوْرُوثِهِمْ، وَلَا يُؤَثِّرُ مُطَالَبَةُ المَقْتُولِ بِذَلِكَ شَيْئًا، عَلَى المَعْرُوفِ مِنَ المَذْهَبِ.

وَمَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ إِلَى أَنَّ مُطَالَبَتَهُ بِالْقِصَاصِ تُوجِبُ تَحَتُّمَهُ، فَلَا يَتَمَكَّنُونَ بَعْدَهَا مِنَ الْعَفْوِ، وَمَا كَانَ وَاجِبًا لَهُ فِي حَيَاتِهِ إِنْ كَانَ قَدْ طَالَبَ بِهِ أَوْ هُوَ فِي يَدِهِ ثَبَتَ لَـهُمْ إِرْثُهُ.

فَمِنْهُ: الشُّفْعَةُ إِذَا طَالَبَ بِهَا، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي أَكْثَرِ الرِّوَايَاتِ، وَتَوَقَّفَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَقَالَ: هُوَ مَوْضِعُ نَظَرٍ.

وَمِنْهُ: حَـدُّ الْقَذْفِ، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَيْضًا، وَيَسْتَوْفِيهِ الْـوَارِثُ لِنَفْسِهِ بِحُكْمِ الْإِرْثِ عِنْدَ الْقَاضِي.

وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِيمَا قَرَأْتُهُ بِخَطِّهِ: إِنَّمَا يُسْتَوْفَى لِلْمَيِّتِ بِمُطَالَبَتِهِ مِنْهُ وَلَا يَنْتَقِلُ، وَكَذَا الشُّفْعَةُ فِيهِ؛ فَإِنَّ مِلْكَ الْوَارِثِ وَإِنْ كَانَ طَارِئًا عَلَى الْبَيْعِ إِلَّا أَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى مِلْكِ مَوْرُوثِهِ.

وَمِنْهُ: خِيَارُ الشَّرْطِ، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ أَيْضًا.

وَمِنْهُ: الدَّمُ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ مُوسَى، وَالْمُرَادُ بِهِ مَا دُونَ النَّفْسِ إِذَا وَجَبَ لَهُ فِي حَيَاتِهِ، ثُمَّ مَاتَ مِنْ غَيْرِ سِرَايَتِهِ بَعْدَ طَلَبِهِ.

وَمِنْهُ: خِيَارُ الرُّجُوعِ فِي الْهِبَةِ إِذَا طَالَبَ بِهِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَمِنْهُ: الْأَرْضُ الْخَرَاجِيَّةُ الَّتِي بِيَدِهِ؛ لِأَنَّ هَذَا حَقٌّ قَدْ أَحْدَثَهُ وَحَازَهُ، وَكَذَلِكَ الْمَوَاتُ الْمُتَحَجِّرُ وَحُقُوقُ الِاخْتِصَاصَاتِ الَّتِي تَحْتَ يَدِهِ كُلُّهَا.

وَمِنْهُ: حِصَّةُ الْمُضَارِبِ مِنَ الرِّبْحِ إِذَا قُلْنَا: لَا تُمْلَكُ بِالظُّهُورِ، فَإِنَّ اشْتِرَاطَهُ لَهَا فِي الْعَقْدِ مَعَ عَمَلِهِ فِي الْمَالِ لِأَجْلِهَا أَبْلَغُ مِنَ الْمُطَالَبَةِ بِاللَّفْظِ، وَهَذَا بِخِلَافِ الْغَانِمِ إِنْ سَلَّمْنَاهُ عَلَى قَوْلِنَا: لَا يَمْلِكُ حِصَّتَهُ بِدُونِ التَّمَلُّكِ، فَإِنَّهُ لَمْ يُجَاهِدْ لِلْغَنِيمَةِ وَإِنَّمَا جَاهَدَ لِإِعْلَاءِ كَلِمَةِ اللهِ تَعَالَى، وَالْغَنِيمَةُ تَابِعَةٌ.

وَأَمَّا إِنْ لَمْ يَكُنْ يُطَالِبُ بِهِ فَهُوَ ضَرْبَانِ:

أَحَدُهُمَا: حُقُوقُ التَّمَلُّكَاتِ وَالْحُقُوقُ الَّتِي لَيْسَتْ بِمَالِيَّةٍ؛ كَالْقِصَاصِ وَحَدِّ الْقَذْفِ، فَفِيهِ قَوْلَانِ فِي الْمَذْهَبِ، أَشْهَرُهُمَا أَنَّهُ لَا يُورَثُ، وَيَنْدَرِجُ فِي ذَلِكَ صُوَرٌ:

مِنْهَا: الشُّفْعَةُ، فَلَا تُورَثُ مُطَالَبَتُهُ، عَلَى الْمَذْهَبِ، وَلَهُ مَأْخَذَانِ أَشَارَ إِلَيْهِمَا أَحْمَدُ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ حَقٌّ لَهُ، فَلَا يَثْبُتُ بِدُونِ مُطَالَبَتِهِ بِهِ، وَلَوْ عُلِمَتْ رَغْبَتُهُ مِنْ غَيْرِ مُطَالَبَتِهِ لَكَفَى فِي الْإِرْثِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ حَقَّهُ فِيهَا سَقَطَ بِتَرْكِهِ وَإِعْرَاضِهِ، لَا سِيَّمَا عَلَى قَوْلِنَا: إِنَّهَا عَلَى

الْفَوْرِ، فَعَلَى هَذَا لَوْ كَانَ غَائِبًا فَلَهُمُ الْمُطَالَبَةُ، وَلَيْسَ لَـهُمْ ذَلِكَ عَلَى الْأَوَّلِ.

وَنَقَلَ عَنْهُ أَبُو الحَارِثِ: إِذَا مَاتَ صَاحِبُ الشُّفْعَةِ فَلِوَلَدِهِ أَنْ يَطْلُبُوا الشُّفْعَةَ تورثه، وَظَاهِرُ هَذَا أَنَّ لَهُم الْمُطَالَبَةَ بِهَا بِكُلِّ حَالٍ، فَإِنَّهُ صَرَّحَ بِبَقَاءِ إِرْثِهَا فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا وَغَيْرِهِ، وَقَدْ وَقَعَ التَّرَدُّدُ فِي كَلَامِهِ فِي ثُبُوتِ الْإِرْثِ فِيهَا.

وَمِنْهَا: حَقُّ الْفَسْخِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ، فَلَا تُورَثُ بِغَيْرِ مُطَالَبَةٍ، نَصَّ عَلَيْهِ أَيْضًا، وَخَرَّجَ أَبُو الخَطَّابِ وَغَيْرُهُ وَجْهًا آخَرَ بِإِرْثِهِ مُطْلَقًا.

وَمِنْهَا: الْفَسْخُ الثَّابِتُ بِالرُّجُوعِ فِي الْهِبَةِ، فَلَا يَثْبُتُ بِدُونِ الْمُطَالَبَةِ أَيْضًا، صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي، وَظَاهِرُ كَلَامِ أَبِي الخَطَّابِ تَخْرِيجُ الخِلَافِ فِيهِ.

وَعَنْ أَحْمَدَ فِي الْهِبَةِ الْمُخَصَّصِ بِهَا بَعْضُ الْوَلَدِ: إِذَا مَاتَ الْوَاهِبُ قَبْلَ التَّعْدِيلِ وَالرُّجُوعِ هَلْ لِلْوَرَثَةِ الرُّجُوعُ أَمْ لَا؟

رِوَايَتَانِ، وَمَأْخَذُهُمَا أَنَّ رُجُوعَ الْوَالِدِ فِي هَذِهِ الْهِبَةِ هَلْ هُوَ مِنْ بَابِ الرُّجُوعِ فِي الْهِبَةِ الثَّابِتَةِ لِلْوَالِدِ دُونَ غَيْرِهِ، فَلَا يَقُومُ فِيهِ مَقَامَهُ، أَوْ هُوَ ثَابِتٌ لِاسْتِدْرَاكِ الظُّلْمِ وَالجَوْرِ؟

وَعَلَى هَذَا هَلْ هُوَ مَأْمُورٌ بِهِ لِحَقِّ نَفْسِهِ، حَيْثُ ظَلَمَ وَاعْتَدَى فَأَمَرَ بِالتَّعْدِيلِ فَإِذَا لَمْ يَفْعَلْهُ سَقَطَ، أَوْ هُوَ مَأْمُورٌ بِهِ لِحَقِّ بَقِيَّةِ الْأَوْلَادِ المَظْلُومِينَ، فَيَثْبُتُ لَهُمُ الرَّدُّ إِذَا تَعَذَّرَ الرَّدُّ مِنْ جِهَتِهِ؟

وَمِنْهَا: حَـدُّ الْقَذْفِ، فَـلَا يُورَثُ بِـدُونِ الْمُطَالَبَةِ أَيْضًا، نَـصَّ عَلَيْهِ، وَخَرَّجَ أَبُو الخَطَّابِ فِيهِ وَجْهًا بِالْإِرْثِ مُطْلَقًا.

وَمِنْهَا: الْقِصَاصُ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ، وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ كَمَا قَدَّمْنَاهُ أَنَّهُ يَسْقُطُ بِدُونِ الطَّلَبِ، وَظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ أَنَّهُ يُسْتَوْفَى، وَعَلَّلُوا بِأَنَّهُ يَسْقُطُ إِلَى مَالٍ، فَهُوَ كَخِيَارِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ.

وَمِنْهَا: خِيَارُ قَبُولِ الْوَصِيَّةِ، الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَبْطُلُ بِمَوْتِ الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ وُصُولِهَا إِلَيْهِ.

كَذَلِكَ نَقَلَهُ عَنْهُ ابْنُ مَنْصُورٍ وَغَيْرُهُ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ إِذَا مَاتَ قَبْلَ الْقَبُولِ.

وَقَالَ الْخِرَقِيُّ: يَثْبُتُ الْخِيَارُ بَيْنَ الْقَبُولِ وَالرَّدِّ لِوَرَثَةِ الْمُوصَى لَهُ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَزِمَتْ بِمَوْتِ الْمُوصِي، فَهِيَ كَالْمَمْلُوكَةِ، وَنَقَلَ صَالِحٌ عَنْ أَبِيهِ: إِذَا أَوْصَى لِقَرَابَتِهِ أَوْ أَهْلِ بَيْتِهِ ثُمَّ مَاتَ بَعْضُهُمْ بَعْدَ الْمَيِّتِ وَقَبْلَ الْقِسْمَةِ، وَقَدْ وَجَبَتِ الْوَصِيَّةُ لِكُلِّ مَنْ أَوْصَى لَهُ إِذَا كَانَ حَيًّا أَوْصَى لَهُ.

قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: وَهَذَا نَصٌّ لِمَا قَالَ الْخِرَقِيُّ، وَلَيْسَ بِنَصٍّ فِيهِ، لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ أَثْبَتَ مِلْكًا بِمُجَرَّدِ الْمَوْتِ مِنْ غَيْرِ قَبُولٍ أَوْ بِالْقَبُولِ، فَلَيْسَ فِي النَّصِّ مَا يَنْفِيهِ صَرِيحًا، وَرِوَايَةُ ابْنِ مَنْصُورٍ بِالْبُطْلَانِ لَمْ يَتَعَرَّضْ فِيهَا لِلْقَبُولِ، بَلْ لِلْقَبْضِ.

الضَّرْبُ الثَّانِي: حُقُوقُ أَمْلَاكٍ ثَابِتَةٍ مُتَعَلِّقَةٍ بِالْأَمْلَاكِ الْمَوْرُوثَةِ، فَتَنْتَقِلُ إِلَى الْوَرَثَةِ بِانْتِقَالِ الْأَمْوَالِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِهَا بِدُونِ الْمُطَالَبَةِ، بِخِلَافِ الضَّرْبِ الْأَوَّلِ، فَإِنَّ الْحُقُوقَ فِيهِ مِنْ حُقُوقِ الْمَالِكِينَ، لَا مِنْ حُقُوقِ الْأَمْلَاكِ، وَلِهَذَا لَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ عِنْدَنَا لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الِاسْتِحْقَاقِ عَلَى الْمُسْلِمِ.

وَمِنْ صُوَرِ ذَلِكَ:

الرَّهْنُ: فَإِذَا مَاتَ وَلَهُ دَيْنٌ بِرَهْنٍ انْتَقَلَ بِرَهْنِهِ إِلَى الْوَرَثَةِ.

وَمِنْهَا: الْكَفِيلُ، وَهُوَ كَالرَّهْنِ؛ لِأَنَّهُ تَوْثِقَةٌ، فَهُوَ كَالشَّهَادَةِ، وَعَلَّلَهُ الْقَاضِي بِأَنَّهُ يُسْتَوْفَى مِنْهُ الْمَالُ كَالرَّهْنِ، وَالضَّابِطُ عِنْدَهُ أَنَّ مَا فِيهِ مَالٌ يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَرَثَةِ، وَمَا لَا فَلَا.

وَمِنْهَا: الضَّمَانُ، فَإِذَا مَاتَ وَلَهُ دَيْنٌ لَهُ بِهِ ضَامِنٌ، انْتَقَلَ إِلَى الْوَرَثَةِ مَضْمُونًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَحَالَ بِهِ رَبُّ الدَّيْنِ فِي حَيَاتِهِ، فَإِنَّهُ يَنْفَسِخُ الضَّمَانُ بِالْحَوَالَةِ، نَصَّ أَحْمَدُ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا؛ لِأَنَّ الْأَجْنَبِيَّ لَيْسَ بِخَلِيفَةٍ لِرَبِّ الدَّيْنِ، فَلَا يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ بِحُقُوقِهِ، بِخِلَافِ الْوَارِثِ.

وَمِنْهَا: الْأَجَلُ، فَلَا يَحِلُّ الدَّيْنُ الْمُؤَجَّلُ إِذَا أَوْثَقَهُ الْوَرَثَةُ بِرَهْنٍ أَوْ كَفِيلٍ فِي أَشْهَرِ الرِّوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: الرَّدُّ بِالْعَيْبِ، وَقَدْ تَرَدَّدَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ هَلْ هُوَ ثَابِتٌ ابْتِدَاءً أَوْ بِطَرِيقِ الْإِرْثِ؟

وَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ إِرْثٌ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ إِنَّمَا يَثْبُتُ لِمَنْ كَانَ الْعَقْدُ لَهُ، وَالْخِيَارُ الثَّابِتُ بِفَوَاتِ الصِّفَةِ الْمَشْرُوطَةِ فِي الْعَقْدِ مِثْلُهُ.

ذَكَرَهُ الْقَاضِي أَيْضًا مُعَلِّلًا بِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ فِيهِ الْأَرْشَ، وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي كِتَابِ التَّخْرِيجِ أَنَّ مَنْ بَاعَ سِلْعَةً إِلَى أَجَلٍ، ثُمَّ مَاتَ الْمُشْتَرِي فَاشْتَرَاهَا الْبَائِعُ مِنْ وَارِثِهِ بِأَقَلَّ مِنَ الثَّمَنِ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّ الْوَارِثَ يَمْلِكُهَا عَلَى حُكْمِ مِلْكِ الْمَيِّتِ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ

يَرُدُّهَا عَلَى بَائِعِهَا بِالْعَيْبِ، فَصَارَ الشِّرَاءُ مِنْهُ كَالشِّرَاءِ مِن الْمُورِثِ، وَهَذَا غَرِيبٌ، وَهُوَ يُشْبِهُ الْوَجْهَ الَّذِي حَكَاهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي بِنَاءِ الْوَارِثِ عَلَى حَوْلِ الْمُورِثِ فِي الزَّكَاةِ.

النَّوْعُ الثَّانِي: الحُقُوقُ الَّتِي هِيَ عَلَى الْمَوْرُوثِ، فَإِذَا كَانَتْ لَازِمَةً قَامَ الْوَارِثُ مَقَامَهُ، فَيُقَامُ الْوَارِثُ مَقَامَهُ فِي إِيفَائِهَا، وَإِنْ كَانَتْ جَائِزَةً، فَإِنْ بَطَلَتْ بِالْمَوْتِ فَلَا كَلَامَ، وَإِنْ لَمْ تَبْطُلْ بِالْمَوْتِ فَالْوَارِثُ قَائِمٌ مَقَامَهُ فِي إِمْضَائِهَا وَرَدِّهَا، وَيَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: إِذَا مَاتَ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ أَوْ أَوْصَى بِوَصَايَا، فَلِلْوَرَثَةِ تَنْفِيذُهَا إِذَا لَمْ يُعَيِّنْ وَصِيًّا.

وَمِنْهَا: إِذَا مَاتَ وَعَلَيْهِ عِبَادَةٌ وَاجِبَةٌ تُفْعَلُ عَنْهُ بَعْدَ مَوْتِهِ؛ كَالحَجِّ وَالْمَنْذُورَاتِ، فَإِنَّ الْوَرَثَةَ يَفْعَلُونَهَا عَنْهُ، وَيَجِبُ عَلَيْهِمْ بِذَلِكَ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ وَإِلَّا فَلَا.

وَلَوْ فَعَلَهَا عَنْهُ أَجْنَبِيٌّ بِدُونِ إِذْنِهِمْ، فَفِي الْإِجْزَاءِ وَجْهَانِ، وَكَذَلِكَ الْكَفَّارَاتُ الْوَاجِبَةُ بِالْمَالِ، قَالَ فِي الْمُغْنِي: إِنْ أَعْتَقَ فِيهَا الْأَجْنَبِيُّ لَمْ يَصِحَّ، وَإِنْ أَعْتَقَ الْوَارِثُ صَحَّ؛ لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ الْمَوْرُوثِ فِي مَالِهِ وَأَدَاءِ وَاجِبَاتِهِ.

وَفِي الْبُلْغَةِ: إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ صَحَّ عِتْقُهُ عَنْهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ لَمْ يَصِحَّ عِتْقُهُ عَنْهُ، وَيَصِحُّ إِطْعَامُهُ عَنْهُ، وَأَمَّا الْأَجْنَبِيُّ فَلَا يَصِحُّ عِتْقُهُ عَنْهُ.

وَفِي صِحَّةِ إِطْعَامِهِ عَنْهُ وَجْهَانِ، وَلَوْ مَاتَ مَنْ أَوْجَبَ أُضْحِيَّةً قَبْلَ ذَبْحِهَا، فَالْوَارِثُ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي الذَّبْحِ.

تَنْبِيهٌ: كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ يُطْلِقُ ذِكْرَ الْوَارِثِ هُنَا، وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ: هُوَ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ، وَكَذَلِكَ قَالَ الخِرَقِيُّ: هُوَ الْوَارِثُ مِنَ الْعَصَبَةِ، فَأَمَّا الْوَارِثُ بِالشُّفْعَةِ فَيَدْخُلُ فِيهِ الْعَصَبَاتُ وَذَوُو الْفُرُوضِ وَالرَّحِمِ، وَأَمَّا الْوَارِثُ لِحَدِّ الْقَذْفِ فَكَذَلِكَ عَلَى الْمَنْصُوصِ، وَقِيلَ: يَخْتَصُّ بِالْعَصَبَةِ، وَقِيلَ: بِمَنْ عَدَا الزَّوْجَيْنِ مِنَ الْوَرَثَةِ.

وَمِنْهَا: إِذَا مَاتَ الرَّاهِنُ قَبْلَ إِقْبَاضِ الرَّهْنِ الَّذِي لَا يَلْزَمُهُ بِدُونِ قَبْضٍ فَوَارِثُهُ قَائِمٌ مَقَامَهُ فِي اخْتِيَارِ التَّقْبِيضِ وَالِامْتِنَاعِ.

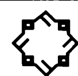
ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ، وَقَالُوا: وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ وَأَبِي طَالِبٍ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَئُولُ إِلَى اللُّزُومِ، فَلَا يَبْطُلُ فِي الْمَوْتِ كَالْبَيْعِ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ، بِخِلَافِ الشَّرِكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ مَعَ أَنَّ فِي الْمُضَارَبَةِ خِلَافًا سَبَقَ.

وَمِنْهَا: إِذَا مَاتَ الْوَاهِبُ قَبْلَ لُزُومِ الْهِبَةِ بِالْقَبْضِ فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَقُومُ وَارِثُهُ مَقَامَهُ فِي ذَلِكَ كَالرَّهْنِ، قَالَهُ أَبُو الخَطَّابِ.

وَالثَّانِي: يَبْطُلُ، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ وَاخْتِيَارُ ابْنِ أَبِي مُوسَى، وَقَالَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الْهِبَةِ فِي الصِّحَّةِ، وَأَمَّا الْعَطِيَّةُ فِي الْمَرَضِ إِذَا مَاتَ قَبْلَ إِقْبَاضِهَا فَجَعَلَا الْوَرَثَةَ فِيهَا بِالخِيَارِ؛ لِشَبَهِهَا بِالْوَصِيَّةِ.

⌘ ⌑ ⌘



الْقَاعِدَةُ الخَامِسَةُ وَالأَرْبَعُونَ بَعْدَ المِائَةِ



المُعْتَدَّةُ الْبَائِنُ فِي حُكْمِ الزَّوْجَاتِ فِي مَسَائِلَ:

مِنْهَا: أَنَّ المَبْتُوتَةَ فِي مَرَضِ المَوْتِ تَرِثُ فِي الْعِدَّةِ دُونَ مَا بَعْدَهَا؛ عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ مَانِعٌ مِنَ الْإِرْثِ، فَلَمَّا قَصَدَ بِهِ الْفِرَارَ مِنَ الحَقِّ الْمُنْعَقِدِ سَبَبُهُ ضَعُفَ مَنْعُهُ، فَلَمْ يَعْمَلْ فِي المَنْعِ مَا دَامَتْ عُلَقُ الزَّوْجِيَّةِ قَائِمَةً.

وَمِنْهَا: تَحْرِيمُ نِكَاحِ الْأُخْتِ فِي عِدَّةِ أُخْتِهَا الْبَائِنَ، وَالخَامِسَةِ فِي عِدَّةِ الرَّابِعَةِ؛ تَنْزِيلًا لِحَالَةِ الْعِدَّةِ مَنْزِلَةَ حَالَةِ النِّكَاحِ.

وَمِنْهَا: أَنَّ الْعِدَّتَيْنِ مِنْ رَجُلَيْنِ لَا تَتَدَاخَلَانِ، فَإِذَا وُطِئَتِ الْبَائِنُ بِشُبْهَةٍ فِي عِدَّتِهَا أَتَمَّتْ عِدَّةَ الْأَوَّلِ، وَاسْتَأْنَفَتِ الْعِدَّةَ لِلثَّانِي؛ عَلَى المَذْهَبِ، فَلَا تَكُونُ مَحْبُوسَةً عَلَى رَجُلَيْنِ فِي عِدَّةٍ وَاحِدَةٍ، كَمَا لَا تُحْبَسُ عَلَيْهِمَا فِي نِكَاحٍ وَاحِدٍ، وَإِنْ كَانَ الْوَاطِئُ بِشُبْهَةٍ هُوَ الزَّوْجَ تَدَاخَلَتِ الْعِدَّتَانِ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ رَجُلٍ وَاحِدٍ، إِلَّا أَنْ تَحْمِلَ مِنْ أَحَدِ الْوَاطِئَيْنِ، فَفِي التَّدَاخُلِ وَجْهَانِ لِكَوْنِ الْعِدَّتَيْنِ مِنْ جِنْسَيْنِ.

وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ فِيمَا إِذَا وُطِئَتْ زَوْجَةُ الطِّفْلِ، ثُمَّ مَاتَ عَنْهَا، ثُمَّ وَضَعَتْ قَبْلَ تَمَامِ عِدَّةِ الْوَفَاةِ، أَنَّهَا لَا تَحِلُّ لَهُ حَتَّى تُكْمِلَ عِدَّةَ الْوَفَاةِ. قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: وَظَاهِرُ هَذَا تَدَاخُلُ الْعِدَّتَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ طَلَّقَ المَدْخُولَ بِهَا طَلَاقًا بَائِنًا ثُمَّ نَكَحَهَا فِي الْعِدَّةِ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ

الدُّخُولِ، فَفِيهَا طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ فِي الرَّجْعِيَّةِ إِذَا رُوجِعَتْ أَوْ طَلُقَتْ فِي الْعِدَّةِ قَبْلَ الْإِصَابَةِ، هَلْ تَبْنِي أَوْ تَسْتَأْنِفُ، وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْمُجَرَّدِ وَالْفُصُولِ وَالْمُحَرَّرِ.

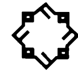
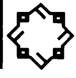
وَالثَّانِي: تَبْنِي هُنَا رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَهُوَ مَا فِي تَعْلِيقِ الْقَاضِي وَعُمَدِ الْأَدِلَّةِ لِانْقِطَاعِ النِّكَاحِ الثَّانِي عَنِ الْأَوَّلِ بِالْبَيْنُونَةِ، بِخِلَافِ الرَّجْعِيَّةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ مَاتَ مُسْلِمٌ وَزَوْجَتُهُ ذِمِّيَّةٌ، فَأَسْلَمَتْ فِي الْعِدَّةِ قَبْلَ قِسْمَةِ الْمِيرَاثِ، فَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْبُرْزَاطِيِّ عَلَى أَنَّهَا تَرِثُ مَا لَـمْ تُنْقَضْ عِدَّتُهَا، وَعَلَى هَذَا فَلَوْ أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ أَوَّلًا ثُمَّ مَاتَتْ فِي مُدَّةِ الْعِدَّةِ لَمْ يَرِثْهَا زَوْجُهَا الْكَافِرُ، وَلَوْ أَسْلَمَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ؛ لِانْقِطَاعِ عُلَقِ الزَّوْجِيَّةِ عَنْهُ بِمَوْتِهَا.

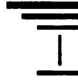
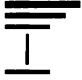
وَحَكَى الْقَاضِي عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّ الزَّوْجَيْنِ لَا يَتَوَارَثَانِ بِالْإِسْلَامِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ بِحَالٍ. قَالَ: وَظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ خِلَافُهُ، وَأَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ وَغَيْرِهِمَا، كَمَا يَرِثُ الزَّوْجَانِ مِنَ الدِّيَةِ، سَوَاءٌ قِيلَ بِحُدُوثِهَا عَلَى مِلْكِهِمْ أَوْ عَلَى مِلْكِ الْمَوْرُوثِ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْقَاضِي الْمَنْصُوصَ عَنْ أَحْمَدَ.

وَأَمَّا نَفَقَةُ الْبَائِنِ، فَإِنْ كَانَتْ بِفَسْخٍ أَوْ طَلَاقٍ فَلَهَا السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ مَعَ الْحَمْلِ وَإِلَّا فَلَا، هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ فِي مُقَابَلَةِ التَّمْكِينِ مِنْ الِاسْتِمْتَاعِ، وَلِهَذَا لَمْ يَجِبْ قَبْلَ التَّسْلِيمِ وَلَا مَعَ النُّشُوزِ، وَعَنْهُ: لَـهَا السُّكْنَى، خَاصَّةً إِذَا لَمْ تَكُنْ حَامِلًا، وَعَنْهُ: لَـهَا النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى، حَكَاهَا ابْنُ الزَّاغُونِيِّ وَغَيْرُهُ مُطْلَقًا، وَقِيلَ: هِيَ كَالزَّوْجَةِ يَجُوزُ لَـهَا الْخُرُوجُ وَالتَّجَوُّلُ بِإِذْنِ الزَّوْجِ مُطْلَقًا.

✱ ✱ ✱

الْقَاعِدَةُ السَّادِسَةُ وَالأَرْبَعُونَ بَعْدَ المِائَةِ

تُفَارِقُ الْمُطَلَّقَةُ الرَّجْعِيَّةُ الزَّوْجَاتِ فِي صُوَرٍ:

مِنْهَا: أَنَّ فِي إِبَاحَتِهَا فِي مُدَّةِ الْعِدَّةِ رِوَايَتَيْنِ، وَعَلَى رِوَايَةِ التَّحْرِيمِ فَهَلْ يَجِبُ لَـهَا الْمَهْرُ بِالْوَطْءِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: أَنَّ طَلَاقَهَا فِي مُدَّةِ الْعِدَّةِ طَلَاقُ بِدْعَةٍ عَلَى أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: أَنَّ الْإِيلَاءَ مِنْهَا هَلْ يَصِحُّ مِنْهَا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: هَلْ يَصِحُّ اخْتِيَارُهَا لِزَوْجِهَا إِذَا عَتَقَتْ تَحْتَ عَبْدٍ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ نَكَحَتِ الْمُطَلَّقَةُ ثَلَاثًا زَوْجًا آخَرَ فَخَلَا بِهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا وَقُلْنَا: تَجِبُ عَلَيْهَا الْعِدَّةُ بِالْخَلْوَةِ، وَثَبَتَتِ الرَّجْعَةُ، وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ، ثُمَّ وَطِئَهَا فِي مُدَّةِ الْعِدَّةِ، فَهَلْ يُحِلُّهَا لِزَوْجِهَا الْأَوَّلِ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، حَكَاهُمَا صَاحِبُ التَّرْغِيبِ.

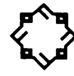
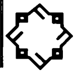
وَمِنْهَا: إِذَا عَلِقَتِ الرَّجْعِيَّةُ فِي مُدَّةِ الْعِدَّةِ بِوَلَدٍ، فَهَلْ تَلْحَقُ بِمُطَلِّقِهَا أَمْ لَا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: أَنَّ الْمُعْتَدَّةَ مِنْ أَجْنَبِيٍّ مِنْ طِفْلِهَا، هَلْ تَعُودُ إِلَى حَضَانَتِهِ فِي مُدَّةِ الرَّجْعَةِ أَمْ لَا تَعُودُ حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ مَاتَ زَوْجُ الرَّجْعِيَّةِ، فَهَلْ تَنْتَقِلُ إِلَى عِدَّةِ الْوَفَاةِ أَوْ تَعْتَدُّ بِأَطْوَلِهِمَا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: أَنَّ الرَّجْعِيَّةَ يَجِبُ عَلَيْهَا لُزُومُ مَنْزِلِهَا لِحَقِّ اللهِ تَعَالَى؛ كَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُد، وَذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ، وَقِيلَ: هِيَ كَالزَّوْجَةِ يَجُوزُ لَهَا الْخُرُوجُ وَالتَّجَوُّلُ بِإِذْنِ الزَّوْجِ مُطْلَقًا.





الْقَاعِدَةُ السَّابِعَةُ وَالأَرْبَعُونَ بَعْدَ المِائَةِ

✖ ◻ ✖

أَحْكَامُ النِّسَاءِ عَلَى النِّصْفِ مِنْ أَحْكَامِ الرِّجَالِ فِي مَوَاضِعَ:

مِنْهَا: المِيرَاثُ وَالدِّيَةُ.

وَمِنْهَا: الْعَقِيقَةُ عَنِ الْغُلَامِ شَاتَانِ وَعَنِ الجَارِيَةِ شَاةٌ.

وَمِنْهَا: الشَّهَادَةُ وَالْعِتْقُ، فَيُعْدَلُ عِتْقُ امْرَأَتَيْنِ بِعِتْقِ رَجُلٍ فِي الْفِكَاكِ مِنَ النَّارِ، كَمَا دَلَّ عَلَيْهِ الحَدِيثُ[1]، وَحَكَى ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي المَسْأَلَةِ رِوَايَتَيْنِ؛ إِحْدَاهُمَا كَذَلِكَ، وَالثَّانِيَةُ -وَجَعَلَهَا المَذْهَبَ- أَنَّ عِتْقَ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ.

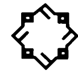
وَمِنْهَا: عَطِيَّةُ الْأَوْلَادِ فِي الحَيَاةِ؛ فَإِنَّ المَشْرُوعَ عِنْدَنَا أَنْ يَكُونَ عَلَى سَبِيلِ المِيرَاثِ، خِلَافًا لِابْنِ عَقِيلٍ.

وَمِنْهَا: الصَّلَاةُ؛ فَإِنَّ المَرْأَةَ تَسْقُطُ عَنْهَا الصَّلَاةُ أَيَّامَ الحَيْضِ، وَأَكْثَرُ الحَيْضِ عَلَى ظَاهِرِ المَذْهَبِ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا، وَهُوَ نِصْفُ الشَّهْرِ.

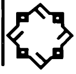
✖ ◻ ✖

---

(١) أخرجه أبو داود: كتاب العتق، باب أي الرقاب أفضل، رقم (٣٩٦٧)، وابن ماجه: كتاب العتق، باب العتق، رقم (٢٥٢٢).



الْقَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ وَالأَرْبَعُونَ بَعْدَ المِائَةِ



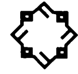
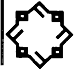


مَنْ أَدْلَى بِوَارِثٍ وَقَامَ مَقَامَهُ فِي اسْتِحْقَاقِ إِرْثِهِ سَقَطَ بِهِ، وَإِنْ أَدْلَى بِهِ وَلَمْ يَرِثْ مِيرَاثَهُ لَمْ يَسْقُطْ بِهِ، وَيَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ مَسْأَلَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: وَلَدُ الْأُمِّ يُدْلُونَ بِالْأُمِّ وَيَرِثُونَ مَعَهَا؛ لِأَنَّهُمْ يَرِثُونَ بِالْأُخُوَّةِ، لَا بِالْأُمُومَةِ.

وَالثَّانِيَةُ: الجَدَّةُ أُمُّ الْأَبِ تَرِثُ مَعَ الْأَبِ عَلَى ظَاهِرِ المَذْهَبِ؛ لِأَنَّهَا تَرِثُ مِيرَاثَ جَدَّةٍ، لَا مِيرَاثَ جَدٍّ.



القَاعِدَةُ التَّاسِعَةُ وَالأَرْبَعُونَ بَعْدَ المِائَةِ



الحَقُّ الثَّابِتُ لِمُعَيَّنٍ يُخَالِفُ الثَّابِتَ لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ فِي أَحْكَامٍ:

مِنْهَا: مَنْ لَهُ وَارِثٌ مُعَيَّنٌ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُوصِيَ بِأَكْثَرَ مِنْ ثُلُثِهِ، وَمَنْ لَا وَارِثَ لَهُ مِنْ ذِي فَرْضٍ وَلَا عَصَبَةٍ وَلَا رَحِمٍ، هَلْ لَهُ أَنْ يُوصِيَ بِمَالِهِ كُلِّهِ أَمْ لَا؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ، فَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ بَنَاهُمَا عَلَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ بَنَاهُمَا عَلَى أَنَّ بَيْتَ المَالِ هَلْ هُوَ عَصَبَةٌ وَارِثٌ أَمْ لَا؟

وَيَتَعَلَّقُ بِهَذَا إِذَا أَقَرَّ الْإِمَامُ بِنَسَبِ مَنْ لَا يُعْلَمُ لَهُ وَارِثٌ مُعَيَّنٌ، قَالَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ: يَثْبُتُ نَسَبُهُ؛ لِأَنَّ المَالَ لِلْمُسْلِمِينَ وَالْإِمَامُ نَائِبُهُمْ، وَهَذَا كَأَنَّهُ تَفْرِيعٌ عَلَى الْقَوْلِ بِتَوْرِيثِ بَيْتِ المَالِ، وَيَتَوَجَّهُ مِثْلُ ذَلِكَ فِي إِجَازَةِ الْإِمَامِ وَصِيَّةَ مَنْ وَصَّى بِكُلِّ مَالِهِ، وَقُلْنَا: لَا يَجُوزُ لَهُ الزِّيَادَةُ عَلَى الثُّلُثِ.

وَذَكَرَ الْأَصْحَابُ أَنَّ مَنْ قُتِلَ وَلَا وَارِثَ لَهُ، فَلِلْإِمَامِ الْعَفْوُ عَنْ قَاتِلِهِ إِلَى الدِّيَةِ، وَلَيْسَ لَهُ الْعَفْوُ مجَّانًا؛ لِأَنَّهُ كَتَوْرِيثِ الْقَاتِلِ، وَهَلْ لَهُ أَنْ يَقْتَصَّ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ قَدْ سَبَقَ ذِكْرُ مَأْخَذِهِمَا.

وَمِنْهَا: الْأَمْوَالُ الَّتِي يُجْهَلُ رَبُّهَا يَجُوزُ التَّصَدُّقُ مِنْهَا، بِخِلَافِ مَا عُلِمَ رَبُّهَا، وَقَدْ سَبَقَ مِنْ ذَلِكَ صُوَرٌ عَدِيدَةٌ.

وَمِنْهَا: إِذَا مَاتَ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ، فَهَلْ يَحِلُّ؟

قَالَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الْمُجَرَّدِ وَصَاحِبُ الْمُغْنِي: يَحِلُّ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ يَسْتَحِقُّهُ الْوَارِثُ وَقَدْ عُدِمَ هُنَا.

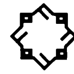
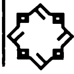
وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ احْتِمَالَيْنِ؛ لِأَنَّ لَهُ وَارِثًا لَكِنَّهُ غَيْرُ مُعَيَّنٍ، وَقَدْ يَتَخَرَّجُ عَلَى هَذَا مَا إذَا مَاتَ الْمُسْتَأْجِرُ وَلَا وَارِثَ لَهُ، هَلْ تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ أَمْ لَا؟

فَإِنَّ أَحْمَدَ نَصَّ فِيمَنِ اكْتَرَى بَعِيرًا لِيَحُجَّ عَلَيْهِ، فَمَاتَ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ، فَإِنْ عَادَ الْبَعِيرُ خَالِيًا فَعَلَيْهِ بِقَدْرِ مَا وَجَبَ لَهُ، وَوَجَّهَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِي غَيْرَهُ بِأَنَّهُ تَعَذَّرَ انْتِفَاعُهُ فِي بَقِيَّةِ الْمُدَّةِ، وَلَيْسَ لَهُ وَارِثٌ يَسْتَوْفِي الْمَنْفَعَةَ، فَانْفَسَخَتِ الْإِجَارَةُ بِذَلِكَ.

وَصَرَّحَ الْأَصْحَابُ بِأَنَّ الْإِمَامَ يَأْخُذُ بِالشُّفْعَةِ إذَا مَاتَ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ بَعْدَ الْمُطَالَبَةِ بِهَا، وَفِي عُمَدِ الْأَدِلَّةِ لِابْنِ عَقِيلٍ أَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ كَذَلِكَ فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ.

وَمِنْهَا: أَنَّ الْمَالَ الْمُسْتَحَقَّ لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ كَالزَّكَاةِ لَا يَقِفُ أَدَاؤُهُ عَلَى مُطَالَبَتِهِمْ، وَلَا عَلَى مُطَالَبَةِ وَكِيلِهِمْ، وَهُوَ الْإِمَامُ، وَلِهَذَا لَا تَسْقُطُ الزَّكَاةُ عِنْدَنَا بِتَلَفِ النِّصَابِ قَبْلَ التَّمَكُّنِ مِنَ الْأَدَاءِ، بِخِلَافِ الْمُسْتَحِقِّ لِمُعَيَّنٍ، فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ الْأَدَاءُ إلَيْهِ بِدُونِ مُطَالَبَةٍ

⌘ ⌑ ⌘

الْقَاعِدَةُ الخَمْسُونَ بَعْدَ المِائَةِ



تُعْتَبَرُ الْأَسْبَابُ فِي عُقُودِ التَّمْلِيكَاتِ كَمَا يُعْتَبَرُ فِي الْأَيْمَانِ، وَيَتَخَرَّجُ عَلَى هَذَا مَسَائِلُ مُتَعَدِّدَةٌ:

مِنْهَا: مَسَائِلُ الْعِينَةِ.

وَمِنْهَا: هَدِيَّةُ الْمُقْتَرِضِ قَبْلَ الْأَدَاءِ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ قَبُولُهَا مِمَّنْ لَمْ يَجْرِ لَهُ مِنْهُ عَادَةً.

وَمِنْهَا: هَدِيَّةُ الْمُشْرِكِينَ لِأَمِيرِ الجَيْشِ، فَإِنَّهُ لَا يَخْتَصُّ بِهَا عَلَى الْمَذْهَبِ، بَلْ هِيَ غَنِيمَةٌ أَوْ فَيْءٌ عَلَى اخْتِلَافِ الْأَصْحَابِ.

وَمِنْهَا: هَدَايَا الْعُمَّالِ، قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ فِي الْهَدَايَا الَّتِي تُهْدَى لِلْأَمِيرِ فَيُعْطَى مِنْهَا الرَّجُلُ، قَالَ: هَذَا الْغُلُولُ، وَمَنَعَ الْأَصْحَابُ مِنْ قَبُولِ الْقَاضِي هَدِيَّةَ مَنْ لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِهَدِيَّتِهِ لَهُ قَبْلَ وِلَايَتِهِ.

وَمِنْهَا: هِبَةُ الْمَرْأَةِ زَوْجَهَا صَدَاقَهَا إِذَا سَأَلَهَا ذَلِكَ، فَإِنَّ سَبَبَهَا طَلَبُ اسْتِدَامَةِ النِّكَاحِ، فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَهَا الرُّجُوعُ فِيهَا، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللهِ.

وَمِنْهَا: الْهَدِيَّةُ لِمَنْ يَشْفَعُ لَهُ بِشَفَاعَةٍ عِنْدَ السُّلْطَانِ وَنَحْوِهِ، فَلَا يَجُوزُ.

ذَكَرَهُ الْقَاضِي، وَأَوْمَأَ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهَا كَالْأُجْرَةِ، وَالشَّفَاعَةُ مِنَ الْمَصَالِحِ الْعَامَّةِ، فَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الْأُجْرَةِ عَلَيْهَا، وَفِيهِ حَدِيثٌ صَرِيحٌ فِي السُّنَنِ[1].

---

(١) أخرجه أبو داود: أبواب الإجارة، باب في الهدية لقضاء الحاجة، رقم (٣٥٤١).

وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ فِيمَنْ عِنْدَهُ وَدِيعَةٌ فَأَدَّاهَا، فَأُهْدِيَتْ إِلَيْهِ هَدِيَّةٌ، أَنَّهُ لَا يَقْبَلُهَا إِلَّا بِنِيَّةِ الْمُكَافَأَةِ، وَحُكْمُ الْهَدِيَّةِ عِنْدَ أَدَاءِ سَائِرِ الْأَمَانَاتِ حُكْمُ الْوَدِيعَةِ.

وَمِنْهَا: مَا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَاهَانَ فِيمَنِ اشْتَرَى لَحْمًا، ثُمَّ اسْتَزَادَ الْبَائِعَ فَزَادَهُ، ثُمَّ رَدَّ اللَّحْمَ بِعَيْبٍ، فَالزِّيَادَةُ لِصَاحِبِ اللَّحْمِ؛ لِأَنَّهَا أُخِذَتْ بِسَبَبِ اللَّحْمِ، فَجَعَلَهَا تَابِعَةً لِلْعَقْدِ فِي الرَّدِّ؛ لِأَنَّهَا مَأْخُوذَة بِسَبَبِهِ، وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ لَاحِقَةٍ بِهِ.

وَتَأَوَّلَهَا الْقَاضِي عَلَى أَنَّهَا إِنْ كَانَتْ مَأْخُوذَةً فِي الْمَجْلِسِ فَلَحِقَتْ بِالْعَقْدِ، وَخَرَّجَ ابْنُ عَقِيلٍ مِنْهَا رِوَايَةً بِلُحُوقِ الزِّيَادَةِ بَعْدَ لُزُومِ الْعَقْدِ وَالْحَاجَةِ إِلَى ذَلِكَ.

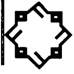
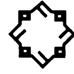
وَمِنْهَا: مَا حَكَاهُ الْأَثْرَمُ عَنْ أَحْمَدَ فِي الْمَوْلَى يَتَزَوَّجُ الْعَرَبِيَّةَ: يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا، فَإِنْ كَانَ دَفَعَ إِلَيْهَا بَعْضَ الْمَهْرِ وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا يَرُدُّوهُ، وَإِنْ كَانَ أَهْدَى هَدِيَّةً يَرُدُّونَهَا عَلَيْهِ.

قَالَ الْقَاضِي فِي الْجَامِعِ: لِأَنَّ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ تَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ وَهَبَ لَهُ بِشَرْطِ بَقَاءِ الْعَقْدِ، فَإِذَا زَالَ مَلَكَ الرُّجُوعَ بِهَا كَالْهِبَةِ بِشَرْطِ الثَّوَابِ. انْتَهَى.

وَهَذَا فِي الْفُرْقَةِ الْقَهْرِيَّةِ لِفَقْدِ الْكَفَاءَةِ وَنَحْوِهَا ظَاهِرٌ، وَكَذَلِكَ الْفُرْقَةُ الِاخْتِيَارِيَّةُ الْمُسْقِطَةُ لِلْمَهْرِ، فَأَمَّا الفسْخُ الْمُقَرِّرُ لِلْمَهْرِ أَوْ نِصْفِهِ فَتَثْبُتُ مَعَهُ الْهَدِيَّةُ.

فَأَمَّا إِنْ كَانَتِ الْعَطِيَّةُ لِغَيْرِ الْمُتَعَاقِدِينَ لِسَبَبِ الْعَقْدِ كَأُجْرَةِ الدَّلَّالِ وَنَحْوِهَا، فَفِي النَّظَرِيَّاتِ لِابْنِ عَقِيلٍ: أَنَّ فَسْخَ الْبَيْعِ بِإِقَالَةٍ وَنَحْوِهَا لَمْ يَقِفْ عَلَى التَّرَاضِي، فَلَا يَرُدُّ الْأُجْرَةَ، وَإِنْ فَسَخَ بِخِيَارٍ أَوْ عَيْبٍ رُدَّتْ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ وَقَعَ مُتَرَدِّدًا بَيْنَ اللُّزُومِ وَعَدَمِهِ، وَقِيَاسُهُ فِي النِّكَاحِ أَنَّهُ إِنْ فُسِخَ لِفَقْدِ الْكَفَاءَةِ أَوِ الْعَيْبِ رُدَّتْ، وَإِنْ فُسِخَ لِرِدَّةٍ أَوْ رَضَاعٍ أَوْ مُخَالَعَةٍ لَمْ تُرَدَّ.





الْقَاعِدَةُ الحَادِيَةُ وَالخَمْسُونَ بَعْدَ المِائَةِ



دَلَالَةُ الْأَحْوَالِ تَخْتَلِفُ بِهَا دَلَالَةُ الْأَقْوَالِ فِي قَبُولِ دَعْوَى مَا يُوَافِقُهَا وَرَدِّ مَا يُخَالِفُهَا، وَيَتَرَتَّبُ عَلَيْهَا الْأَحْكَامُ بِمُجَرَّدِهَا.

وَيَتَخَرَّجُ عَلَيْهِ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: كِنَايَاتُ الطَّلَاقِ فِي حَالَةِ الْغَضَبِ وَالخُصُومَةِ، لَا يُقْبَلُ دَعْوَى إِرَادَةِ غَيْرِ الطَّلَاقِ بِهَا.

وَمِنْهَا: كِنَايَاتُ الْقَذْفِ، وَحُكْمُهَا كَذَلِكَ عَلَى الصَّحِيحِ، حَتَّى إِنَّ ابْنَ عَقِيلٍ جَعَلَهَا مَعَ دَلَالَةِ الحَالِ صَرَائِحَ.

وَمِنْهَا: لَوْ تَلَفَّظَ الْأَسِيرُ بِكَلِمَةِ الْكُفْرِ، ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ كَانَ كُرْهًا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّ الْأَسْرَ دَلِيلُ الْإِكْرَاهِ وَالتَّقِيَّةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَتَى الْكَافِرُ بِالشَّهَادَتَيْنِ عَلَى طَرِيقِ الِاسْتِهْزَاءِ وَالحِكَايَةِ وَقَالَ: وَلَمْ أُرِدِ الْإِسْلَامَ، مَعَ دَلَالَةِ الحَالِ عَلَى صِدْقِهِ، فَهَلْ يُقْبَلُ مِنْهُ؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ، حَكَاهُمَا الْقَاضِي فِي رِوَايَتَيْهِ، وَيَتَخَرَّجُ عَلَيْهِمَا لَوْ أَقَرَّ بِمَالٍ فِي هَذِهِ الحَالِ، وَأَفْتَى جَمَاعَةٌ بِلُزُومِ مَا أَقَرَّ بِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَقَرَّ المَحْبُوسُ أَوِ المَضْرُوبُ عُدْوَانًا، ثُمَّ ادَّعَى الْإِكْرَاهَ، قُبِلَ قَوْلُهُ، نَصَّ عَلَيْهِ.

وَلَوْ أُحْضِرَ إِلَى سُلْطَانٍ فَأَقَرَّ، ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ دَهِشَ وَلَمْ يَعْقِلْ مَا أَقَرَّ بِهِ، لَمْ يُقْبَلْ، نَصَّ عَلَيْهِ أَيْضًا.

وَيَتَخَرَّجُ قَبُولُهُ إِذَا ظَهَرَتْ مِنْهُ أَمَارَةُ ذَلِكَ مِنْ تَلَجْلُجِهِ فِي كَلَامٍ وَرِعْدَةٍ وَنَحْوِهَا.

وَمِنْهَا: لَوْ دَخَلَ حَرْبِيٌّ إِلَيْنَا وَمَعَهُ سِلَاحٌ، فَادَّعَى أَنَّهُ جَاءَ مُسْتَأْمِنًا، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ سِلَاحٌ قُبِلَ، نَصَّ عَلَيْهِ.

وَكَذَلِكَ لَوْ جَاءَ بَعْضُ عَسْكَرِنَا بِحَرْبِيٍّ وَادَّعَى أَنَّهُ أَسَرَهُ، وَقَالَ: بَلْ أَمَّنْتَنِي، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وَثَالِثُهَا: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ مَنْ يَدُلُّ الحَالُ عَلَى صِدْقِهِ لِضَعْفِهِ أَوْ قُوَّتِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ جَاءَ الْمُكَاتَبُ سَيِّدَهُ بِتَمَامِ كِتَابَتِهِ فَقَبَضَهَا السَّيِّدُ، ثُمَّ قَالَ لَهُ: أَنْتَ حُرٌّ، ثُمَّ بَانَ الْمَالُ مُسْتَحَقًّا، وَقَالَ السَّيِّدُ: إِنَّمَا أَرَدْتُ الْإِخْبَارَ بِعِتْقِهِ بِالْأَدَاءِ وَلَمْ أُرِدْ تَنْجِيزَ عِتْقِهِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ.

وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْمَرُّوذِيِّ فِي رَجُلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: إِنْ خَرَجْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَاسْتَعَارَتِ امْرَأَةٌ ثِيَابَهَا فَلَبِسَتْهَا، فَأَبْصَرَهَا زَوْجُهَا حِينَ خَرَجَتْ مِنَ الْبَابِ، فَقَالَ: قَدْ فَعَلْتِ؛ أَنْتِ طَالِقٌ، وَقَالَ: يَقَعُ طَلَاقُهُ عَلَى امْرَأَتِهِ، فَنَصَّ عَلَى وُقُوعِ طَلَاقِهِ، مَعَ أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ أَرَادَ الْإِخْبَارَ بِوُقُوعِ طَلَاقِهَا الْمَحْلُوفِ بِهِ عَلَى خُرُوجِهَا وَلَمْ يُدَيِّنْهُ فِي ذَلِكَ.

وَأَيْضًا فَلَوْ قِيلَ: إِنَّهُ قَصَدَ إِنْشَاءَ الطَّلَاقِ فَإِنَّهُ إِنَّمَا أَوْقَعَهُ عَلَيْهَا بِخُرُوجِهَا الَّذِي مَنَعَهَا مِنْهُ، وَلَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا، وَهَذَا يَشْهَدُ لِقَوْلِ الْقَاضِي فِيمَا إِذَا قَالَ لِزَوْجَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ أَنْ دَخَلْتِ الدَّارَ -بِفَتْحِ الْهَمْزَةِ- أَنَّهَا تَطْلُقُ مُطْلَقًا، سَوَاءٌ

كَانَتْ قَدْ دَخلَتْ أَوْ لَـمْ تَدْخُلْ، خِلَافًا لِمَا ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى أَنَّهَا لَا تَطْلُقُ إِذَا لَـمْ تكُنْ دَخلَتْ مِنْ قَبْلُ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا طَلَّقَهَا لِعِلَّةٍ، فَلَا يَثْبُتُ الطَّلَاقُ بِدُونِهَا.

وَكَذَلِكَ أَفْتَى ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُنُونِهِ فِيمَنْ قِيلَ لَهُ: قَدْ زَنَتْ زَوْجَتُك، فَقَالَ: هِيَ طَالِقٌ، ثُمَّ تَبيَّنَ لَهُ أَنَّهَا لَمْ تَكُنْ زَنَتْ، أَنَّهَا لَا تَطْلُقُ.

وَجَعْلُ السَّبَبِ كَالشَّرْطِ اللَّفْظِيِّ أَوْلَى، وَهَذَا هُوَ قَوْلُ عَطَاءِ بْنِ أَبِي رَبَاحٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ سَرَقَ عَيْنًا وَادَّعَى أَنَّهَا مِلْكُهُ فَفِي قَطْعِهِ رِوَايَتَانِ.

ثَالِثُهَا: إنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِالسَّرِقَةِ قُطِعَ وَإِلَّا فَلَا، صَحَّحَهَا صَاحِبُ التَّرْغِيبِ.

وَمِنْهَا: لَوِ ادَّعَى دَفْعَ ثَوْبِهِ إِلَى مَنْ يَخِيطُهُ أَوْ يُقَصِّرُهُ، أَوْ رَكِبَ سَفِينَةً وَهُوَ مَعْرُوفٌ بِأَخْذِ الْأُجْرَةِ عَلَى ذَلِكَ، اسْتَحَقَّ الْأُجْرَةَ.

وَمِنْهَا: الْهِبَةُ الَّتِي يُرَادُ بِهَا الثَّوَابُ بِدَلَالَةِ حَالِ الْوَاهِبِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ، نَقَلَ حَنْبَلٌ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى وُجُوبِ إِثَابَتِهِ، وَالْمَشْهُورُ خِلَافُهُ.

وَمِنْهَا: لَـوْ وُجِدَ لَقِيطٌ وَبِجَنْبِهِ مَـالٌ ظَاهِـرٌ، أَوْ مَدْفُـونٌ طَـرِيًّا، فَإِنَّهُ يُحْكَمُ لَهُ بِهِ.

وَكَذَلِكَ مَا يَكُـونُ بِالْقُرْبِ مِنَ الْإِنْسَانِ أَوْ بَيْنَ يَدَيْهِ مِنْ مَتَاعٍ أَوْ طَعَـامٍ وَنَحْوِهِ، ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ، قَالَ: كَذَلِكَ رِزْمَةُ[1] الثِّيَابِ وَحُزْمَةُ الحَطَبِ يُحْكَمُ بِهَا لِلْوَاقِفِ بِقُرْبِهَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ شَاهِدٌ، وَضَعَهَا عَنْهُ لِلاسْتِرَاحَةِ، فَكَأَنَّهُ عَلَى رَأْسِهِ، انْتَهَى.

---

(١) الرزمة من الثياب: ما شُدّ في ثوب واحد.

وَيَنْبَغِي تَقْيِيدُهُ بِمَنْ كَانَ يَلِيقُ بِهِ حَمْلُهَا دُونَ مَنْ لَا يَحْمِلُهَا مِثْلُهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ تَنَازَعَ الزَّوْجَانِ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ، فَمَا صَلُحَ لِلرَّجُلِ فَهُوَ لِلرَّجُلِ، وَمَا صَلُحَ لِلنِّسَاءِ فَهُوَ لِلْمَرْأَةِ، وَكَذَلِكَ لَوِ اخْتَلَفَ صَانِعَانِ فِي آلَةِ دُكَّانٍ لَهُمَا، أَوْ نَازَعَ رَبُّ الدَّارِ خَيَّاطًا فِيهَا فِي إِبْرَةٍ أَوْ مِقَصٍّ، أَوْ تَنَازَعَ الْمُؤَجِّرُ وَالْمُسْتَأْجِرُ فِي رَفٍّ مَقْلُوعٍ، أَوْ مِصْرَاعٍ لَهُ شَكْلٌ مَنْصُوبٌ.

وَمِنْ هَذَا الْبَابِ اللَّوْثُ فِي الْقَسَامَةِ وَالْقَضَاءِ بِمَعَاقِدِ الْقُمُطِ[1]، وَهُوَ رِوَايَةٌ حَكَاهَا ابْنُ أَبِي مُوسَى، وَإِلْحَاقُ النَّسَبِ بِالْقَافَةِ.

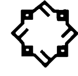
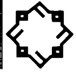
وَمِنْهَا: لَوِ ادَّعَى دَعْوَى يَشْهَدُ الظَّاهِرُ بِكَذِبِهَا، مِثْلُ إِنِ ادَّعَى عَلَى الْخَلِيفَةِ أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْهُ مَا فِيهِ ثِقَلٌ، وَحَمَلَهَا بِيَدِهِ، لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ بِغَيْرِ خِلَافٍ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَإِنْ أَطْلَقَ الدَّعْوَى عَلَيْهِ فَفِي سَمَاعِهَا قَبْلَ أَنْ يُبَيِّنَ أَنَّ لَهَا أَصْلًا رِوَايَتَانِ؛ لِاحْتِمَالِ مُعَامَلَتِهِ بِوَكِيلِهِ.

وَمِنْهَا: لَوِ اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي قَدْرِ الْمَهْرِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يَدَّعِي مَهْرَ الْمِثْلِ عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ.



---

(١) القُمُط: جمع قِماط، وهي الشُّرُط الَّتِي يُشَدُّ بِهَا الخُصُّ ويُوثَق، مِنْ لِيفٍ أَوْ خُوص أَوْ غَيْر ذلك. النهاية (قمط).

الْقَاعِدَةُ الثَّانِيَةُ وَالْخَمْسُونَ بَعْدَ الْمِائَةِ



الْمُحَرَّمَاتُ فِي النِّكَاحِ أَرْبَعَةُ أَنْوَاعٍ:

النَّوْعُ الْأَوَّلُ: الْمُحَرَّمَاتُ بِالنَّسَبِ، وَضَابِطُ ذَلِكَ أَنَّهُ يَحْرُمُ عَلَى الْإِنْسَانِ أُصُولُهُ وَفُرُوعُهُ، وَفُرُوعُ أَصْلِهِ الْأَدْنَى وَإِنْ سَفَلْنَ، وَفُرُوعُ أُصُولِهِ الْبَعِيدَةِ دُونَ بَنَاتِهِنَّ، فَيَدْخُلُ فِي أُصُولِهِ: أُمُّهُ، وَأُمُّ أُمِّهِ، وَأُمُّ أَبِيهِ، وَإِنْ عَلَوْنَ، وَدَخَلَ فِي فُرُوعِهِ: بِنْتُهُ، وَبِنْتُ بِنْتِهِ، وَبِنْتُ ابْنِهِ، وَإِنْ نَزَلْنَ، وَدَخَلَ فِي فَرْعِ أَصْلِهِ الْأَدْنَى: أَخَوَاتُهُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ، أَوْ مِنْ أَحَدِهِمَا، وَبَنَاتُهُنَّ، وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ، وَأَوْلَادُهُمْ، وَإِنْ سَفَلْنَ، وَدَخَلَ فِي فُرُوعِ أُصُولِهِ الْبَعِيدَةِ: الْعَمَّاتُ، وَالْخَالَاتُ، وَعَمَّاتُ الْأَبَوَيْنِ، وَخَالَاتُهُمَا، وَإِنْ عَلَوْنَ.

وَلَمْ يَبْقَ مِنَ الْأَقَارِبِ حَلَالًا سِوَى أُصُولِ فُرُوعِهِ الْبَعِيدَةِ، وَهُنَّ بَنَاتُ الْعَمِّ وَبَنَاتُ الْعَمَّاتِ وَبَنَاتُ الْخَالِ وَبَنَاتُ الْخَالَاتِ.

النَّوْعُ الثَّانِي: الْمُحَرَّمَاتُ بِالصِّهْرِ، وَهُنَّ أَقَارِبُ الزَّوْجَيْنِ، وَكُلُّهُنَّ حَلَالٌ إِلَّا أَرْبَعَةَ أَصْنَافٍ: حَلَائِلُ الْآبَاءِ وَالْأَبْنَاءِ، وَأُمَّهَاتُ النِّسَاءِ، وَبَنَاتُ النِّسَاءِ الْمَدْخُولِ بِهِنَّ.

فَيَحْرُمُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ أُصُولُ الْآخَرِ وَفُرُوعُهُ، فَيَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ أُمُّ امْرَأَتِهِ، وَأُمُّ أَبِيهَا، وَإِنْ عَلَتْ، وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ بِنْتُ امْرَأَتِهِ، وَهِيَ الرَّبِيبَةُ،

وَبِنْتُ بِنْتِهَا، وَإِنْ سَفَلَتْ، وَتَحْرُمُ بِنْتُ الرَّبِيبِ أَيْضًا، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ، وَذَكَرَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ فِيهِ نِزَاعًا، وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِامْرَأَةِ أَبِيهِ وَإِنْ عَلَا، وَامْرَأَةِ ابْنِهِ وَإِنْ سَفَلَ.

النَّوْعُ الثَّالِثُ: الْمُحَرَّمَاتُ بِالْجَمْعِ، فَكُلُّ امْرَأَتَيْنِ بَيْنَهُمَا رَحِمٌ مَحْرَمٌ يَحْرُمُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا بِحَيْثُ لَوْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا ذَكَرًا لَمْ يَجُزْ لَهُ التَّزَوُّجُ بِالْأُخْرَى لِأَجْلِ النَّسَبِ دُونَ الصِّهْرِ.

فَلَا يَجُوزُ لَهُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا وَإِنْ عَلَتْ، وَلَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ خَالَتِهَا وَإِنْ عَلَتْ، وَلَا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ، وَلَا بَيْنَ الْبِنْتِ وَأُمِّهَا وَإِنْ عَلَتْ.

قَالَ الشَّعْبِيُّ: كَانَ أَصْحَابُ مُحَمَّدٍ ﷺ يَقُولُونَ: لَا يَجْمَعُ الرَّجُلُ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ لَوْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا رَجُلًا لَمْ يَصْلُحْ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا. ذَكَرَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِهِ عَبْدِ اللهِ بِإِسْنَادِهِ.

وَإِنَّمَا قُلْنَا: لِأَجْلِ النَّسَبِ دُونَ الصِّهْرِ؛ لِيَخْرُجَ مِنْ ذَلِكَ الْجَمْعُ بَيْنَ زَوْجَةِ رَجُلٍ وَابْنَتِهِ مِنْ غَيْرِهَا، فَإِنَّهُ مُبَاحٌ؛ إِذْ لَا مَحْرَمِيَّةَ بَيْنَهُمَا لِيُخْشَى عَلَيْهِمَا الْقَطِيعَةُ، لَكِنْ يَرِدُ عَلَى هَذَا مَنْ كَانَ بَيْنَهُمَا تَحْرِيمٌ مِنَ الرَّضَاعِ، فَإِنَّهُ يَحْرُمُ عَلَيْهِ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا.

نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْأَثْرَمِ وَحَرْبٍ، وَتَوَقَّفَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِي كَوْنِ تَشْبِيهِ الزَّوْجَةِ بِالْمُحَرَّمَةِ مِنَ الرَّضَاعِ ظَاهِرًا، فَدَلَّ أَنَّ تَحْرِيمَ الرَّضَاعِ لَا يُسَاوِي تَحْرِيمَ النَّسَبِ مِنْ جَمِيعِ الْوُجُوهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

النَّوْعُ الرَّابِعُ: الْمُحَرَّمَاتُ بِالرَّضَاعِ، فَيَحْرُمُ بِهِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ فِي الْأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ.

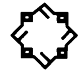
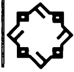
وَاخْتَارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِهِ تَحْرِيمُ الْمُصَاهَرَةِ، فَلَا يَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ نِكَاحُ زَوْجَتِهِ وَابْنَتِهَا مِنَ الرَّضَاعِ، وَلَا عَلَى الْمَرْأَةِ نِكَاحُ أَبِي زَوْجِهَا وَابْنِهِ مِنَ الرَّضَاعِ.

وَقَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ بدينا فِي حَلِيلَةِ الِابْنِ مِنَ الرَّضَاعِ: لَا يُعْجِبُنِي أَنْ يَتَزَوَّجَهَا، «**يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ**»[1].

وَلَيْسَ عَلَى هَذَا الضَّابِطِ إِيرَادٌ صَحِيحٌ سِوَى الْمُرْضِعَةِ بِلَبَنِ الزِّنَا، وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللهِ أَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ كَالْبِنْتِ مِنَ الزِّنَا، فَلَا إِيرَادَ إِذَنْ، وَاللهُ أَعْلَمُ.



(١) أخرجه البخاري: كتاب الشهادات، باب الشهادة على الأنساب، والرضاع المستفيض، والموت القديم، رقم (٢٦٤٥)، ومسلم: كتاب الرضاع، باب تحريم ابنة الأخ من الرضاعة، رقم (١٤٤٧).

الْقَاعِدَةُ الثَّالِثَةُ وَالخَمْسُونَ بَعْدَ المِائَةِ

وَلَدُ الْوَلَدِ هَلْ يَدْخُلُ فِي مُسَمَّى الْوَلَدِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ؟

هَذَا ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي مُسَمَّاهُ مُطْلَقًا، مَعَ وُجُودِ الْوَلَدِ وَعَدَمِهِ، وَذَلِكَ فِي صُوَرٍ:

مِنْهَا: المُحَرَّمَاتُ فِي النِّكَاحِ، كَالْبَنَاتِ وَحَلَائِلِ الْأَبْنَاءِ.

وَمِنْهَا: امْتِنَاعُ الْقِصَاصِ بَيْنَ الْأَبِ وَوَلَدِهِ.

وَمِنْهَا: امْتِنَاعُ قَطْعِهِ فِي السَّرِقَةِ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ.

وَمِنْهَا: رَدُّ شَهَادَةِ الْوَالِدِ لِوَلَدِهِ.

وَمِنْهَا: وُجُوبُ إِعْتَاقِ الْوَلَدِ عَلَى وَالِدِهِ.

وَمِنْهَا: جَرُّ الْوَلَاءِ، فَإِذَا كَانَ ابْن مُعْتقه قَوْم أَبُوهُ وَجَدُّهُ رَقِيقَيْنِ، فَبِعِتْقِ جَدِّهِ انْتَقَلَ الْوَلَاءُ إِلَى مَوَالِي الجَدِّ، سَوَاءٌ كَانَ الْأَبُ مَوْجُودًا أَوْ لَمْ يَكُنْ؛ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ، وَفِي الْأُخْرَى إِنْ كَانَ الْأَبُ مَفْقُودًا جَرَّ الجَدُّ الْوَلَاءَ إِلَى مَوَالِيهِ، وَإِنْ كَانَ مَوْجُودًا لَمْ يَجُرَّهُ بِحَالٍ، وَفِي الثَّالِثَةِ لَا يَجُرُّهُ الجَدُّ بِحَالٍ، فَيَخْتَصُّ جَرُّ الْوَلَاءِ بِعِتْقِ الْأَبِ.

وَمِنْهَا: الْوَقْفُ عَلَى الْوَلَدِ، فَيَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْوَلَدِ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْمَرُّوذِيِّ وَيُوسُفَ بْنِ أَبِي مُوسَى، وَمُحَمَّدِ بْنُ عُبَيْدِ اللهِ الْمُنَادِي، وَهُوَ الَّذِي جَزَمَ بِهِ الْخَلَّالُ وَابْنُ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي فِيمَا عَلَّقَهُ بِخَطِّهِ عَلَى ظَهْرِ خِلَافِهِ وَغَيْرِهِمْ.

وَهَلْ يَدْخُلُونَ مَعَ آبَائِهِمْ بِالتَّشْرِيكِ، أَوْ لَا يَدْخُلُونَ إِلَّا بَعْدَهُمْ عَلَى التَّرْتِيبِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ لِلْأَصْحَابِ.

وَفِي التَّرْتِيبِ فَهَلْ هُوَ تَرْتِيبُ بَطْنٍ عَلَى بَطْنٍ، فَلَا يَسْتَحِقُّ أَحَدٌ مِنْ وَلَدِ الْوَلَدِ شَيْئًا مَعَ وُجُودِ فَرْدٍ مِنَ الْأَوْلَادِ، أَوْ تَرْتِيبُ فَرْدٍ عَلَى فَرْدٍ، فَيَسْتَحِقُّ كُلُّ وَلَدٍ نَصِيبَ وَالِدِهِ بَعْدَ فَقْدِهِ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، وَالثَّانِي هُوَ مَنْصُوصُ أَحْمَدَ، وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُهُ.

وَفِي أَحْكَامِ الْقُرْآنِ لِلْقَاضِي: إِنْ كَانَ ثَمَّ وَلَدٌ لَمْ يَدْخُلْ وَلَدُ الْوَلَدِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ دَخَلَ، وَاسْتَشْهَدَ بِآيَةِ الْمَوَارِيثِ، قَالَ: وَيَصِحُّ حَمْلُ اللَّفْظِ عَلَى حَقِيقَتِهِ وَمَجَازِهِ، وَفِي حَالَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، لَا فِي جِهَةٍ وَاحِدَةٍ، مَعَ أَنَّهُ ذَكَرَ احْتِمَالًا بِأَنَّ إِطْلَاقَ الْوَلَدِ عَلَى وَلَدِ الْوَلَدِ حَقِيقَةٌ. قَالَ: وَالْأَشْبَهُ أَنَّهُ مَجَازٌ لِصِحَّةِ نَفْيِهِ.

وَفِي الْمُجَرَّدِ لِلْقَاضِي: لَوْ وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ثُمَّ عَلَى الْفُقَرَاءِ فَهُوَ بَعْدَ الْبَطْنِ الثَّانِي مِنْ وَلَدِهِ لِلْفُقَرَاءِ.

وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ فَهِمَ مِنْهُ أَنَّ وَلَدَ الْوَلَدِ لَا يَدْخُلُونَ فِي إِطْلَاقِ الْوَلَدِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: بَلْ إِنَّمَا رَتَّبَ بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ مَرَّتَيْنِ، ثُمَّ جَعَلَ بَعْدَهُمَا لِلْفُقَرَاءِ، أَعْلَمَ أَنَّهُ أَرَادَ الْبَطْنَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ خَاصَّةً، بِخِلَافِ حَالَةِ الْإِطْلَاقِ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ.

وَمِنْهَا: الْوَصِيَّةُ لِوَلَدِهِ، وَقَدْ جَعَلَ الْأَصْحَابُ حُكْمَهَا حُكْمَ الْوَاقِفِ، وَذَكَرَ أَبُو الخَطَّابِ أَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ عَلَى دُخُولِهِمْ فِي ذَلِكَ.

وَالمَعْرُوفُ عَنْ أَحْمَدَ إِنَّمَا هُوَ فِي الْوَقْفِ، وَأَشَارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ إِلَى دُخُولِهِمْ فِي الْوَقْفِ دُونَ الْوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ يَتَأَبَّدُ، فَيَسْتَحِقُّ وَلَدُهُ طَبَقَةً بَعْدَ طَبَقَةٍ، وَالْوَصِيَّةُ تَمْلِيكٌ لِلْمَوْجُودِينَ، فَيَخْتَصُّ بِالطَّبَقَةِ الْعُلْيَا المَوْجُودَةِ.

وَحَيْثُ قِيلَ بِدُخُولِ وَلَدِ الْوَلَدِ فِي الْوَقْفِ وَالْوَصِيَّةِ فَإِنَّمَا هُوَ فِي وَلَدِ الْبَنِينَ، فَأَمَّا وَلَدُ الْبَنَاتِ فَفِيهِ وَجْهَانِ لِلْأَصْحَابِ.

اخْتَارَ الخِرَقِيُّ وَالْقَاضِي أَنَّهُمْ لَا يَدْخُلُونَ، وَاخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ وَابْنُ حَامِدٍ دُخُولَهُمْ.

وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ المَرُّوذِيِّ عَلَى أَنَّهُمْ لَا يَدْخُلُونَ فِي الْوَقْفِ عَلَى الْوَلَدِ، فَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ: لَا يَدْخُلُونَ فِي مُطْلَقِ الْوَلَدِ إِذَا وَقَعَ الِاقْتِصَارُ عَلَيْهِ، وَيَدْخُلُونَ فِي مُسَمَّى وَلَدِ الْوَلَدِ؛ لِأَنَّهُمْ مِنْ وَلَدِ الْوَلَدِ حَقِيقَةً، لَيْسُوا بِوَلَدٍ حَقِيقَةً، وَهَذِهِ طَرِيقَةُ ابْنِ أَبِي مُوسَى وَالشِّيرَازِيِّ، وَمَالَ إِلَيْهَا صَاحِبُ المُغْنِي.

وَمِنْهَا: المَنْعُ فِي دَفْعِ الزَّكَاةِ إِلَى الْوَلَدِ يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْوَلَدِ، وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ وَلَدُ الذُّكُورِ وَالإِنَاثِ عَلَى المَنْصُوصِ عَنْ أَحْمَدَ؛ لِأَنَّ وَلَدَ الْبِنْتِ قَدْ ثَبَتَ لَهُ حُكْمُ الْوَلَدِ فِي مَوْضِعٍ، فَيَثْبُتُ لَهُ حُكْمُ المَنْعِ مِنَ الزَّكَاةِ، بِخِلَافِ الْوَقْفِ وَالْوَصِيَّةِ؛ فَإِنَّ المُرَاعَى فِيهِمَا صِدْقُ الِاسْمِ وَثُبُوتُهُ فِي الْعُرْفِ، لَا جَرَيَانُ الحُكْمِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

النَّوْعُ الثَّانِي: مَا يَدْخُلُ فِيهِ عِنْدَ عَدَمِ الْوَلَدِ، لَا مَعَ وُجُودِهِ، وَذَلِكَ فِي صُوَرٍ:

مِنْهَا: المِيرَاثُ، فَيَرِثُ وَلَدُ الْوَلَدِ جَدَّهُمْ مَعَ فَقْدِ أَبِيهِمْ كَمَا يَرِثُونَ آبَاءَهُمْ، وَلَكِنْ لَا يَرِثُهُم الجَدُّ مَعَ فَقْدِ الْأَبِ كَمَا يَرِثُ الْأَبُ؛ عَلَى ظَاهِرِ المَذْهَبِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ: أَنَّهُ يَرِثُهُمْ كَأَبٍ مُطْلَقًا، بِحَيْثُ يَحْجُبُ الْإِخْوَةَ كُلَّهُمْ، اخْتَارَهُ ابْنُ بطَّةَ وَأَبُو حَفْصٍ الْبَرْمَكِيُّ وَالشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ.

وَمِنْهَا: وِلَايَةُ النِّكَاحِ؛ فَيَلِي الجَدُّ فِيهَا بَعْدَ الْأَبِ مُقَدَّمًا عَلَى الِابْنِ عَلَى قَوْلِ الخِرَقِيِّ وَالْقَاضِي، لَكِنْ لَا يَقُومُ مَقَامَ الْأَبِ فِي الْإِجْبَارِ؛ عَلَى المَذْهَبِ.

وَحَكَى ابْنُ الزَّاغُونِيِّ رِوَايَةً أَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي الْإِجْبَارِ.

وَمِنْهَا: وِلَايَةُ الصَّلَاةِ عَلَى الجِنَازَةِ، فَيَلِي الجَدُّ بَعْدَ الْأَبِ مُقَدَّمًا عَلَى الِابْنِ عَلَى الصَّحِيحِ أَيْضًا.

وَمِنْهَا: الحَضَانَةُ؛ فَإِنَّ الجَدَّ أَوْلَى رِجَالِهَا بِهَا بَعْدَ الْأَبِ.

النَّوْعُ الثَّالِثُ: مَا لَا يَدْخُل فِيهِ فِي مُسَمَّى الْوَلَدِ بِحَالٍ، وَذَلِكَ فِي صُوَرٍ كَثِيرَةٍ:

مِنْهَا: الرُّجُوعُ فِي الهِبَةِ.

وَمِنْهَا: الْأَخْذُ مِنْ مَالِ الْوَلَدِ بِغَيْرِ حَاجَةٍ.

وَمِنْهَا: وِلَايَةُ المَالِ، وَفِيهِ رِوَايَةٌ.

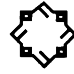
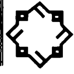
وَمِنْهَا: الِاسْتِئْذَانُ فِي الجِهَادِ.

وَمِنْهَا: الِاسْتِتْبَاعُ فِي الْإِسْلَامِ.

وَمِنْهَا: الِانْفِرَادُ بِالنَّفَقَةِ مَعَ وُجُودِ وَارِثٍ غَيْرِهِ؛ مُوسِرًا كَانَ الْوَارِثُ الَّذِي مَعَهُ أَوْ مُعْسِرًا، فَالمَعْرُوفُ أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ سَائِرِ مَنْ تَلْزَمُهُ النَّفَقَةُ، هَلْ يَلْزَمُهُ كَمَالُ النَّفَقَةِ أَوْ بِقَدْرِ إِرْثِهِ؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ أَصَحُّهُمَا: لَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ مِقْدَارِ إِرْثِهِ مِنْهُ، وَفِي الْإِقْنَاعِ لِابْنِ الزَّاغُونِيِّ أَنَّ هَذَا الخِلَافَ فِي الجَدِّ وَالجَدَّةِ خَاصَّةً، وَأَنَّ سَائِرَ الْأَقَارِبِ لَا يَلْزَمُ مِنْهُمُ الْغَنِيَّ النَّفَقَةُ إِلَّا بِالحِصَّةِ بِغَيْرِ خِلَافٍ.



الْقَاعِدَةُ الرَّابِعَةُ وَالْخَمْسُونَ بَعْدَ المِائَةِ



خُرُوجُ الْبُضْعِ مِنَ الزَّوْجِ هَلْ هُوَ مُتَقَوِّمٌ أَمْ لَا؟ بِمَعْنَى أَنَّهُ هَلْ يَلْزَمُهُ الْمُخْرِجَ لَهُ قَهْرًا ضَمَانَةٌ لِلزَّوْجِ بِالمَهْرِ؟

وَفِيهِ قَوْلَانِ فِي المَذْهَبِ، وَيُذْكَرُ أَنَّ رِوَايَتَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ، وَأَكْثَرُ الْأَصْحَابِ كَالْقَاضِي وَمَنْ بَعْدَهُ يَقُولُونَ: لَيْسَ بِمُتَقَوِّمٍ، وَخَصُّوا هَذَا الخِلَافَ بِمَنْ عَدَا الزَّوْجَةِ فَقَالُوا: لَا يَضْمَنُ الزَّوْجُ شَيْئًا بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَاخْتَارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أَنَّهُ مُتَقَوِّمٌ عَلَى الزَّوْجَةِ وَغَيْرِهَا، وَحَكَاهُ قَوْلًا فِي المَذْهَبِ.

وَيَتَخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: لَوْ أَفْسَدَ مُفْسِدٌ نِكَاحَ امْرَأَةٍ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا بِرَضَاعٍ أَوْ غَيْرِهِ، فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ نِصْفُ المَهْرِ، حَيْثُ يَلْزَمُ الزَّوْجَ نِصْفُ المَهْرِ، كَمَا إِذَا كَانَتِ الْفُرْقَةُ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ وَحْدَهُ، وَلَهُ مَأْخَذَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ خُرُوجَ الْبُضْعِ مِنَ الزَّوْجِ مُتَقَوِّمٌ، فَيَتَقَوَّمُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِنِصْفِ المَهْرِ المُسَمَّى، وَفِيهِ وَجْهٌ بِنِصْفِ مَهْرِ المِثْلِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَقَوِّمٍ، لَكِنِ المُفْسِدُ قَرَّرَ هَذَا النِّصْفَ عَلَى الزَّوْجِ إِذَا كَانَ بِصَدَدِ أَنْ يَسْقُطَ عَنْهُ بِانْفِسَاخِ النِّكَاحِ بِسَبَبٍ مِنْ جِهَتِهَا.

وَالثَّالِثُ: أَنَّ المَهْرَ كُلَّهُ يَسْقُطُ بِالْفُرْقَةِ، لَكِنْ يَجِبُ لَهَا نِصْفُ المَهْرِ وُجُوبًا

مُبْتَدِئًا بِالْفُرْقَةِ الَّتِي اسْتَقَلَّ بِهَا الْأَجْنَبِيُّ، فَلِذَلِكَ لَزِمَهُ ضَمَانُهُ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَفِيهِ بُعْدٌ.

وَأَمَّا حَيْثُ لَا يَلْزَمُ الزَّوْجَ شَيْءٌ، كَمَا إذَا وَطِئَ الْأَبُ أَوْ الِابْنُ زَوْجَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِتَمْكِينِهَا، فَهَلْ يَلْزَمُهُ لَهُ نِصْفُ الْمَهْرِ أَمْ لَا؟

عَلَى وَجْهَيْنِ مَذْكُورَيْنِ فِي الْمُغْنِي وَغَيْرِهِ، وَهُمَا مُتَنَزِّلَانِ عَلَى أَنَّ الْبُضْعَ هُوَ مُتَقَوِّمٌ أَمْ لَا؛ إذْ لَا غُرْمَ هُنَا عَلَى الزَّوْجِ.

وَنَقَلَ مُهَنّا عَنْ أَحْمَدَ فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَبَعَثُوا إِلَيْهِ ابْنَتَهَا، فَدَخَلَ بِهَا وَهُوَ لَا يَعْلَمُ، قَالَ: حُرِّمَتَا عَلَيْهِ جَمِيعًا. قَالَ: فَقُلْت لَهُ: مَا عَلَيْهِ؟ فَقَالَ: عَلَيْهِ لِهَذِهِ الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا. قُلْتُ: وَلِلْأُخْرَى مَا عَلَيْهِ؟ قَالَ: لَهَا نِصْفُ الصَّدَاقِ. قُلْتُ: يَرْجِعُ بِالنِّصْفِ الَّذِي غَرِمَ لِابْنَتِهَا؟ قَالَ: لَا، وَإِنَّمَا لَمْ يَرْجِعْ هُنَا عِنْدَهُ لِأَنَّ فَسَادَ نِكَاحِهِ مَنْسُوبٌ إِلَيْهِ مُبَاشَرَةً، فَلِذَلِكَ اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ.

وَيُخَرَّجُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ بِمَا غَرِمَهُ عَلَى مَنْ غَرَّهُ، وَأَمَّا إنْ كَانَ الْإِفْسَادُ بَعْدَ الدُّخُولِ بِإِرْضَاعٍ أَوْ غَيْرِهِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ عَلَى الْمُفْسِدِ ضَمَانَ الْمَهْرِ الْمُسْتَقِرِّ عَلَى الزَّوْجِ، وَهُوَ مَنْصُوصُ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ خُرُوجَ الْبُضْعِ مُتَقَوِّمٌ.

وَكَمَا يَضْمَنُ الْغَارُّ الْمَهْرَ لِمَنْ غَرَّهُ، وَإِنِ اسْتَقَرَّ بِالدُّخُولِ، بَلْ هُنَا أَوْلَى؛ لِأَنَّ الْمَغْرُورَ قَدْ يَكُونُ فَسَخَ النِّكَاحَ بِاخْتِيَارِهِ، كَمَا إذَا دُلِّسَ عَلَيْهِ عَيْبٌ أَوْ نَحْوُهُ، حَيْثُ لَمْ يَرْضَ بِالْمَهْرِ إلَّا مَعَ السَّلَامَةِ مِنَ الْعُيُوبِ.

وَهُنَا الْفَسْخُ بِسَبَبِ الْأَجْنَبِيِّ، فَإِنَّهُ هُوَ الْمَانِعُ لِلزَّوْجِ مِنَ الِاسْتِمْتَاعِ، فَكَانَ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ بِالْمَهْرِ أَوْلَى؛ إِذِ الزَّوْجُ يَجِبُ تَمْكِينُهُ مِنْ جِنْسِ الِاسْتِمْتَاعِ، وَيَعُودُ إِلَيْهِ الْمَهْرُ بِمَنْعِهِ مِنْ جِنْسِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ يَسْتَحِقُّهُ مُقَدَّرًا، بِخِلَافِ مَنْفَعَةِ الْإِجَارَةِ؛ فَإِنَّهَا تَتَقَسَّطُ عَلَى الْمُدَّةِ، مَعَ أَنَّ الْإِجَارَةَ تُسْقِطُهَا الْأُجْرَةُ عِنْدَنَا بِمَنْعِ الْمُؤَجِّرِ مِنَ التَّسْلِيمِ الْمُسْتَحَقِّ بِالْعَقْدِ كُلِّهِ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَى الْمُفْسِدِ بِحَالٍ، لِاسْتِقْرَارِ الْمَهْرِ عَلَى الزَّوْجِ بِالْوَطْءِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ خُرُوجَهُ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ، وَإِلَيْهِ مَيْلُ ابْنِ أَبِي مُوسَى، وَاخْتَارَهُ طَائِفَةٌ مِنَ الْمُتَأَخِّرِينَ.

وَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمُفْسِدُ لِلنِّكَاحِ هُوَ الزَّوْجَةَ وَحْدَهَا بِالرَّضَاعِ أَوْ غَيْرِهِ، فَقَالَ الْأَصْحَابُ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهَا بِغَيْرِ خِلَافٍ؛ لِئَلَّا يَلْزَمَ اسْتِبَاحَةُ بُضْعِهَا بِغَيْرِ عِوَضٍ.

وَاخْتَارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أَنَّ عَلَيْهَا الضَّمَانَ، وَأَخَذَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الْمُهَاجِرَةِ وَامْرَأَةِ الْمَفْقُودِ؛ كَمَا سَيَأْتِي، وَكَمَا قَالَ الْأَصْحَابُ فِي الْغَارَّةِ؛ أَنَّهُ لَا مَهْرَ لَهَا، بَلْ عِنْدَنَا فِي الْإِجَارَةِ أَنَّ غَصْبَ الْمُؤَجِّرِ يُسْقِطُ الْأُجْرَةَ كُلَّهَا، بِخِلَافِ غَصْبِ غَيْرِهِ؛ لِاسْتِحْقَاقِ التَّسْلِيمِ عَلَيْهِ.

وَأَجَابَ عَمَّا قِيلَ مِنِ اسْتِبَاحَةِ الْبُضْعِ بِدُونِ عِوَضٍ بِأَنَّ الْعِوَضَ وَجَبَ لَهَا بِالْعَقْدِ، ثُمَّ وَجَبَ عَلَيْهَا ضَمَانُهُ بِسَبَبٍ آخَرَ، فَلَمْ يَخْلُ الْعَقْدُ مِنْ عِوَضٍ، كَمَا يَجِبُ لَهَا بِالْعَقْدِ عَلَى الْبَائِعِ ضَمَانُ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ تَوْفِيَةٍ بِإِتْلَافِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَلَمْ يَخْلُ الْبَيْعُ مِنْ ثَمَنٍ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَمِنْهَا: شُهُودُ الطَّلَاقِ إِذَا رَجَعُوا قَبْلَ الدُّخُولِ، فَإِنَّهُمْ يَغْرَمُونَ نِصْفَ المَهْرِ، وَإِنْ رَجَعُوا بَعْدَ الدُّخُولِ فَهَلْ يَغْرَمُونَ المَهْرَ كُلَّهُ أَمْ لَا يَغْرَمُونَ شَيْئًا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، مَأْخَذُهُمَا تَقْوِيمُ الْبُضْعِ وَعَدَمه.

وَعَلَى التَّغْرِيمِ يَغْرَمُونَ المَهْرَ المُسَمَّى، وَقِيلَ: مَهْرَ المِثْلِ.

وَمِنْهَا: امْرَأَةُ المَفْقُودِ إِذَا تَزَوَّجَتْ بَعْدَ المُدَّةِ المُعْتَبَرَةِ، ثُمَّ قَدِمَ زَوْجُهَا المَفْقُودُ، فَإِنَّهُ يُخَيَّرُ بَيْنَ زَوْجَتِهِ وَبَيْنَ المَهْرِ، فَإِنِ اخْتَارَ المَهْرَ أَخَذَ مِنَ الزَّوْجِ الثَّانِي المَهْرَ الَّذِي أَقْبَضَهُ إِيَّاهَا، أَعْنِي الْأَوَّلَ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي اسْتَحَقَّهُ عَلَى أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ.

وَعَلَى الثَّانِيَةِ يَأْخُذُ المَهْرَ الَّذِي أَعْطَاهَا الثَّانِي، وَبِكُلِّ حَالٍ فَهَلْ يَسْتَقِرُّ ضَمَانُهُ عَلَى الزَّوْجِ الثَّانِي أَمْ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى المَرْأَةِ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ جَاءَتْ مِنْهَا، فَيَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَيْهَا.

وَالثَّانِي: لَا يَرْجِعُ بِهِ؛ لِأَنَّ المَرْأَةَ اسْتَحَقَّتْهُ بِالْإِصَابَةِ، فَلَا يَجُوزُ أَخْذُهُ مِنْهَا.

وَمِنْهَا: إِذَا طَلَّقَ رَجُلٌ امْرَأَةً، ثُمَّ رَاجَعَهَا فِي الْعِدَّةِ، وَأَشْهَدَ عَلَى الرَّجْعَةِ، وَلَمْ تَعْلَمِ المَرْأَةُ حَتَّى انْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَتَزَوَّجَتْ، وَدَخَلَ بِهَا الثَّانِي، وَقُلْنَا عَلَى رِوَايَةٍ: إِنَّ الثَّانِيَ أَحَقُّ بِهَا، فَهَلْ تَضْمَنُ المَرْأَةُ لِزَوْجِهَا المَهْرَ أَمْ لَا؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، وَاخْتَارَ الْقَاضِي الضَّمَانَ؛ لِأَنَّ خُرُوجَ الْبُضْعِ مُتَقَوِّمٌ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَسْلَمَتِ المَرْأَةُ مِنْ أَهْلِ دَارِ الحَرْبِ وَهَاجَرَتْ إِلَيْنَا، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا مُسْلِمٌ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ أَنْ يَرُدَّ عَلَى زَوْجِهَا الْكَافِرِ مَهْرَهَا الَّذِي أَمْهَرَهَا إِيَّاهُ؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ حَكَاهُمَا ابْنُ أَبِي مُوسَى، وَظَاهِرُ الْقُرْآنِ يَدُلُّ عَلَى وُجُوبِهِ، لَكِنَّ أَكْثَرَ الْأَصْحَابِ عَلَى عَدَمِ الْوُجُوبِ؛ لِأَنَّ الْآيَةَ نَزَلَتْ فِي قِصَّةِ صُلْحِ الْحُدَيْبِيَةِ، وَكَانَ الصُّلْحُ قَدْ وَقَعَ عَلَى رَدِّ النِّسَاءِ قَبْلَ تَحْرِيمِهِ، فَلَمَّا حَرُمَ الرَّدُّ بَعْدَ صِحَّةِ اشْتِرَاطٍ وَجَبَ رَدُّ بَدَلِهِ، وَهُوَ الْمَهْرُ، وَأَمَّا بَعْدَ ذَلِكَ فَلَا يَجُوزُ اشْتِرَاطُ رَدِّ النِّسَاءِ، فَلَا يَصِحُّ اشْتِرَاطُ رَدِّ مُهُورِهِنَّ؛ لِأَنَّهُ شَرْطُ مَالٍ لِلْكُفَّارِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ.

وَمَنِ اخْتَارَ الْوُجُوبَ -كَالشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ- مَنَعَ أَنْ يَكُونَ رَدُّ النِّسَاءِ مَشْرُوطًا فِي صُلْحِ الْحُدَيْبِيَةِ، وَمَنَعَ عَدَمَ جَوَازِ شَرْطِ رَدِّ الْمَهْرِ، لَا سِيَّمَا إِذَا كَانَ مَشْرُوطًا مِنَ الطَّرَفَيْنِ.

وَمِنْهَا: خَلْعُ الْمُسْلِمِ زَوْجَتَهُ بِمُحَرَّمٍ يَعْلَمَانِ تَحْرِيمَهُ؛ كَخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ، قَالَ أَبُو بَكْرٍ وَالْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ: هُوَ كَالْخُلْعِ الْخَالِي عَنِ الْعِوَضِ، فَإِذَا صَحَّحْنَاهُ لَمْ يَلْزَمِ الزَّوْجَ شَيْءٌ، بِخِلَافِ النِّكَاحِ عَلَى ذَلِكَ.

وَعِنْدَ الشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ يَرْجِعُ إِلَى الْمَهْرِ كَالنِّكَاحِ، وَيَحْتَمِلُ كَلَامُ الْخِرَقِيِّ فِي خُلْعِ الْأَمَةِ عَلَى سِلْعَةٍ بِيَدِهَا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ، وَيُتْبَعُ بِقِيمَتِهَا بَعْدَ الْعِتْقِ.

وَمِنْهَا: مُخَالَعَةُ الْأَبِ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِهِ، فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ غَيْرُ جَائِزٍ، وَأَنَّ الضَّمَانَ عَلَى الْأَبِ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ.

وَخَرَّجَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ وَجْهًا بِجَوَازِهِ؛ بِأَنَّ خُرُوجَ الْبُضْعِ مُتَقَوِّمٌ، فَمَا بُذِلَ مَالُهَا إِلَّا فِيمَا لَهُ قِيمَةٌ فَلَا يَكُونُ تَبَرُّعًا، وَخَرَّجَهُ بَعْضُهُمْ مِنَ الرِّوَايَةِ الَّتِي نَقُولُ فِيهَا: إِنَّ لِلْأَبِ الْعَفْوَ عَنْ نِصْفِ الْمَهْرِ فِي الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ.

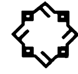
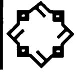
وَذَكَرَ صَاحِبُ الْمُغْنِي احْتِمَالًا فِي وَلِيِّ الصَّغِيرَةِ وَالسَّفِيهَةِ وَالمَجْنُونَةِ مُطْلَقًا إِذَا رَأَى الحَظَّ فِي ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ أَشَارَ إِلَيْهِ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ لِزَوْجَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ بِأَلْفٍ، فَلَمْ تَقبَلْ، طَلُقَتْ رَجْعِيًّا وَلَمْ يَلْزَمْهَا شَيْءٌ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ -رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى- فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا.

وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ: أَنْتَ حُرٌّ بِأَلْفٍ، فَلَمْ يَقْبَلْ، لَمْ يَعْتِقْ عِنْدَ الْأَصْحَابِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ خُرُوجَ الْبُضْعِ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ فَإِنَّهُ مَالٌ مَحْضٌ.

وَخَرَّجَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ وَجْهًا أَنَّهُ يَعْتِقُ الْعَبْدُ بِغَيْرِ شَيْءٍ كَمَا فِي الطَّلَاقِ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ وَالْعَتَاقَ فِيهِمَا حَقٌّ للهِ تَعَالَى، وَلَيْسَ الْعِوَضُ بِرُكْنٍ فِيهِمَا إِذَا لَمْ يُعَلِّقْهُمَا عَلَيْهِ، بَلْ أَوْقَعَهُمَا مُنْجزًا، وَشَرَطَ فِيهِمَا الْعِوَضَ، فَإِذَا لَمْ يَلْتَزِمَا الْعِوَضَ لُغِيَ وَوَقَعَ الطَّلَاقُ وَالْعِتْقُ؛ لِمَا فِيهِمَا مِنَ الحَقِّ للهِ تَعَالَى الَّذِي لَا يُمْكِنُ إِبْطَالُهُ.

⁂

الْقَاعِدَةُ الخَامِسَةُ وَالخَمْسُونَ بَعْدَ المِائَةِ



يَتَقَرَّرُ المَهْرُ كُلُّهُ لِلْمَرْأَةِ بِأَحَدِ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ:

الْأَوَّلُ: الْوَطْءُ، فَيَتَقَرَّرُ بِهِ المَهْرُ عَلَى كُلِّ حَالٍ، وَأَمَّا مُقَدِّمَاتُهُ كَاللَّمْسِ لِلشَّهْوَةِ، وَالنَّظَرِ إِلَى الْفَرْجِ، أَوْ إِلَى جَسَدِهَا وَهِيَ عَارِيَةٌ، فَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ أَلْحَقَهُ بِالْوَطْءِ وَجَعَلَهُ مُقَرِّرًا رِوَايَةً وَاحِدَةً؛ لِأَنَّهُ آكَدُ مِنَ الخَلْوَةِ المُجَرَّدَةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ خَرَّجَهُ عَلَى وَجْهَيْنِ، أَوْ رِوَايَتَيْنِ مِنَ الخِلَافِ فِي تَحْرِيمِ المُصَاهَرَةِ بِهِ.

وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: إِنْ كَانَتْ عَادَتُهُ فِعْلَ ذَلِكَ فِي المَلَأِ اسْتَقَرَّ بِهِ المَهْرُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ خَلْوَةٌ مِثْلُهُ وَإِلَّا فَلَا.

وَالمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا أَنَّهُ إِذَا تَعَمَّدَ النَّظَرَ إِلَيْهَا وَهِيَ عُرْيَانَةٌ تَغْتَسِلُ وَجَبَ لَهَا المَهْرُ.

وَالثَّانِي: الخَلْوَةُ مِمَّنْ يُمْكِنُ الْوَطْءُ بِمِثْلِهِ، فَإِنْ كَانَ ثَمَّ مَانِعٌ إِمَّا حِسِّيٌّ كَالجَبِّ[1] وَالرَّتَقِ[2]، أَوْ شَرْعِيٌّ كَالْإِحْرَامِ وَالحَيْضِ، فَهَلْ يُقَرِّرُ المَهْرُ؟

عَلَى طُرُقٍ لِلْأَصْحَابِ:

أَحَدُهَا: أَنَّ فِي المَسْأَلَةِ رِوَايَتَيْنِ مُطْلَقَتَيْنِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي الجَامِعِ

---

(١) أي قطع الذَّكَر.

(٢) الرتَق: انضمام فرج المرأة بحيث لا يُستطاع جِماعُها.

وَصَاحِبِ الْمُحَرَّرِ، وَكَذَا لِصَاحِبِ الْمُغْنِي، إِلَّا أَنَّهُ أَوْرَدَ رِوَايَةً ثَالِثَةً بِالْعِوَضِ بَيْنَ الْمَانِعِ الْمُتَأَكِّدِ شَرْعًا كَالْإِحْرَامِ وَصِيَامِ رَمَضَانَ، فَلَا يَسْتَقِرُّ الْمَهْرُ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ.

وَالثَّانِيَةُ: إِنْ كَانَ الْمَانِعُ مِنَ الْوَطْءِ وَدَوَاعِيهِ كَالْإِحْرَامِ وَصِيَامِ رَمَضَانَ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَمْنَعُ الدَّوَاعِيَ كَالْحَيْضِ وَالْجَبِّ وَالرَّتَقِ اسْتَقَرَّ رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنِ عَقِيلٍ فِي الْفُصُولِ.

وَالثَّالِثَةُ: إِنْ كَانَتِ الْمَوَانِعُ بِالزَّوَاجِ اسْتَقَرَّ الصَّدَاقُ رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَإِنْ كَانَتْ بِالزَّوْجَةِ فَهَلْ يَسْتَقِرُّ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ حَكَى رِوَايَةً أُخْرَى أَنَّهُ لَا يَسْتَقِرُّ الْمَهْرُ بِالْخَلْوَةِ لِمُجَرَّدِهَا بِدُونِ الْوَطْءِ؛ أَخْذًا مِمَّا رَوَى يَعْقُوبُ بْنُ بختَانِ عَنْ أَحْمَدَ إِذَا خَلَا بِهَا وَقَالَ: لَمْ أَطَأْهَا، وَصَدَّقَتْهُ، أَنَّ لَهَا نِصْفَ الصَّدَاقِ وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ، وَأَنْكَرَ الْأَكْثَرُونَ هَذِهِ الرِّوَايَةَ، وَحَمَلُوا رِوَايَةَ يَعْقُوبَ هَذِهِ عَلَى وَجْهٍ آخَرَ، وَهُوَ أَنَّ الْخَلْوَةَ إِنَّمَا قَرَّرَتِ الْمَهْرَ؛ لِأَنَّهُ مَظِنَّةُ الْوَطْءِ الْمُقَرِّرِ، فَقَامَتْ مَقَامَهُ فِي التَّقْرِيرِ؛ لِأَنَّ حَقِيقَةَ الْوَطْءِ لَا يُطَّلَعُ عَلَيْهِ غَالِبًا، فَعَلَّقَ الْحُكْمَ عَلَى مَظِنَّتِهِ.

فَإِذَا تَصَادَقَ الزَّوْجَانِ عَلَى انْتِفَاءِ الْحَقِيقَةِ الَّتِي هِيَ الْوَطْءُ، لَمْ يُقْبَلْ ذَلِكَ فِي إِسْقَاطِ الْعِدَّةِ؛ لِأَنَّ فِيهَا حَقًّا للهِ تَعَالَى، وَهَلْ يُقْبَلُ فِي سُقُوطِ نِصْفِ الْمَهْرِ؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ، نَقَلَ ابْنُ بختَانَ قَبُولَهُ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ مَحْضٌ لِلزَّوْجَةِ، وَقَدْ أَقَرَّتْ بِسُقُوطِهِ، وَنَقَلَ الْأَكْثَرُونَ عَدَمَ قَبُولِهِ لِمُلَازَمَتِهِ لِلْعِدَّةِ، وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى أَنَّ الْخَلْوَةَ مُقَرِّرَةٌ لِمَظِنَّةِ الْوَطْءِ.

وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ: إِنَّمَا قُرِّرَتْ لِحُصُولِ التَّمْكِينِ بِهَا، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي، وَرَدَّهَا ابْنُ عَقِيلٍ بِأَنَّ الخَلْوَةَ مَعَ الجَبِّ لَا تَمْكِينَ بِهَا. قَالَ: وَإِنَّمَا قُرِّرَتْ لِأَحَدِ أَمْرَيْنِ؛ إِمَّا لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ، وَهُوَ حُجَّةٌ، أَوْ لِأَنَّ طَلَاقَهَا بَعْدَ الخَلْوَةِ بِهَا وَرَدَّهَا زُهْدًا فِيهَا، فَفِيهِ ابْتِذَالٌ وَكَسْرٌ لَـهَا، فَوَجَبَ جَبْرُهُ بِالْمَهْرِ.

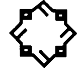
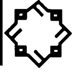
وَقِيلَ: بَلِ الْمُقَرَّرُ هُوَ اسْتِبَاحَةُ مَا لَا يُسْتَبَاحُ إِلَّا بِالنِّكَاحِ مِنَ الْمَرْأَةِ، فَدَخَلَ فِي ذَلِكَ الخَلْوَةُ وَاللَّمْسُ بِمُجَرَّدِهِمَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ مَعْقُودٌ عَلَيْهِ فِي النِّكَاحِ، وَالْمَهْرُ يَسْتَقِرُّ بِنَيْلِ بَعْضِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ، لَا يَقِفُ عَلَى نَيْلِ جَمِيعِهِ، وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ، قِيلَ لَهُ: فَإِنْ أَخَذَهَا وَعِنْدَهَا نِسْوَةٌ فَمَسَّهَا وَقَبَضَ عَلَيْهَا وَنَحْوُ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَخْلُوَ بِهَا؟ قَالَ: إِذَا نَالَ مِنْهَا شَيْئًا لَا يَحِلُّ لِغَيْرِهِ فَعَلَيْهِ المَهْرُ.

وَعَلَى هَذَا فَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: يَتَوَجَّهُ أَنْ يَسْتَقِرَّ المَهْرُ بِالخَلْوَةِ، وَإِنْ مَنَعَهُ الْوَطْءُ، بِخِلَافِ مَا ذَكَرَهُ ابْنُ حَامِدٍ وَالْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ.

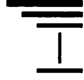
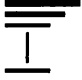
الْمُقَرَّرُ الثَّالِثُ: المَوْتُ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَقِيلَ: الْفُرْقَةُ، وَإِنْ طَلَّقَهَا فِي المَرَضِ، ثُمَّ مَاتَ فِيهِ، فَهَلْ يَسْتَقِرُّ لَـهَا المَهْرُ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ بِنَاءً عَلَى تَوْرِيثِهَا مِنْهُ وَعَدَمِهِ.

الْمُقَرَّرُ الرَّابِعُ: إِذْهَابُ العُذْرَةِ بِالدَّفْعِ، عَلَى رِوَايَةٍ خَرَّجَهَا صَاحِبُ الْمُغْنِي، وَقَدْ سَبَقَتْ.

⌘ ⌑ ⌘

الْقَاعِدَةُ السَّادِسَةُ والخمسُونَ بعْدَ المِائَةِ



فِيمَا يَتَنَصَّفُ بِهِ المَهْرُ قَبْلَ اسْتِقْرَارِهِ، وَمَا يَسْقُطُ بِهِ الْفُرْقَة قَبْلَ الدُّخُولِ إنْ كَانَتْ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ وَحْدَهُ، أَوْ مِنْ جِهَةِ أَجْنَبِيٍّ وَحْدَهُ تَنَصَّفَ بِهَا المَهْرُ المُسَمَّى، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجَةِ وَحْدَهَا سَقَطَ بِهَا المَهْرُ، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجَيْنِ مَعًا أَوْ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجَةِ مَعَ أَجْنَبِيٍّ فَفِي تَنَصُّفِ المَهْرِ وَسُقُوطِهِ رِوَايَتَانِ، فَهَذِهِ خَمْسَةُ أَقْسَامٍ:

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: مَا اسْتَقَلَّ بِهِ الزَّوْجُ، وَلَهُ صُوَرٌ.

مِنْهَا: طَلَاقُهُ، وَسَوَاءٌ كَانَ مُنجَزًا أَوْ مُتَعَلِّقًا بِصِفَةٍ، وَسَوَاءٌ كَانَتِ الصِّفَةُ مِنْ فِعْلِهَا أَوْ لَمْ تَكُنْ، كَذَا ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ، قَالُوا: لِأَنَّ السَّبَبَ كَانَ مِنْهُ، وَهُوَ الطَّلَاقُ، وَإِنَّمَا حَقِيقَتُهُ لِوُجُودِ شَرْطِهِ، وَالحُكْمُ إِنَّمَا يُضَافُ إِلَى صَاحِبِ السَّبَبِ.

وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: إنْ كَانَتِ الصِّفَةُ مِنْ فِعْلِهَا الَّذِي لَـهَا مِنْهُ بُدٌّ فَلَا مَهْرَ لَـهَا، وَيُمْكِنُ تَخْرِيجُ ذَلِكَ مِنْ إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ فِي المَرِيضِ إِذَا عَلَّقَ طَلَاقَ امْرَأَتِهِ عَلَى مَا لَـهَا مِنْهُ بُدٌّ فَفَعَلَتْهُ، فَإِنَّ فِي إِرْثِهَا رِوَايَتَيْنِ، وَيَشْهَدُ لِذَلِكَ مَسْأَلَةُ التَّخْيِيرِ، فَإِنَّهُ لَوْ خَيَّرَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا فَهَلْ يَسْقُطُ مَهْرُهَا أَوْ يَتَنَصَّفُ؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ، حَكَاهُمَا ابْنُ أَبِي مُوسَى، وَالتَّخْيِيرُ تَوْكِيلٌ مَحْضٌ، وَالتَّعْلِيقُ بِفِعْلِهَا فِي مَعْنَاهُ، وَالمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ لَا مَهْرَ لِلْمُخَيَّرَةِ.

قَالَ مُهَنَّا: سَأَلْتُ أَحْمَدَ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَبَتْ مِنْهُ الْخِيَارَ، فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا وَلَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا، لَهَا عَلَيْهِ نِصْفُ الصَّدَاقِ؟ قَالَ: فِي قَلْبِي مِنْهَا شَيْءٌ. ثُمَّ قَالَ: لَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ لَهَا شَيْءٌ. قُلْتُ: إِنِّي سَأَلْتُ غَيْرَ وَاحِدٍ قَالَ: يَكُونُ لَهَا عَلَيْهِ نِصْفُ الصَّدَاقِ. فَقَالَ لِي: فَإِنْ أَسْلَمَتِ امْرَأَةٌ مَجُوسِيَّةٌ وَأَبَى زَوْجُهَا أَنْ يُسْلِمَ يَكُونُ لَهَا عَلَيْهِ صَدَاقُهَا؟ قَالَ فِي هَذَا: يَدْخُلُ عَلَيْهِم، انْتَهَى.

وَمِنْهَا: خُلْعُهُ، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا، أَنَّهُ يُوجِبُ نِصْفَ الْمَهْرِ، وَعَلَّلَهُ الْقَاضِي بِأَنَّ الْخُلْعَ يَسْتَقِلُّ بِهِ الزَّوْجُ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ بِدُونِ رِضَى الْمَرْأَةِ، فَلِذَلِكَ نُسِبَ إِلَيْهِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يَسْقُطُ بِهِ الْمَهْرُ، فَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ خَرَّجَهُ عَلَى أَنَّهُ فَسْخٌ، فَيَكُونُ كَسَائِرِ الْفُسُوخِ مِنَ الزَّوْجِ، وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَهُ مِمَّا يَشْتَرِكُ بِهِ الزَّوْجَانِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ بِسُؤَالِ الْمَرْأَةِ، فَتَكُونُ الْفُرْقَةُ فِيهِ مِنْ قِبَلِهَا، وَلِذَلِكَ يَسْقُطُ إِرْثُهَا بِالْخُلْعِ فِي الْمَرَضِ، وَهَذَا عَلَى قَوْلِنَا: لَا يَصِحُّ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ أَظْهَرُ، فَأَمَّا إِنْ وَقَعَ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ وَصَحَّحْنَاهُ فَيَنْبَغِي أَنْ يَتَنَصَّفَ بِهِ الْمَهْرُ وَجْهًا وَاحِدًا.

وَمِنْهَا: إِسْلَامُهُ وَالزَّوْجَةُ غَيْرُ كِتَابِيَّةٍ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ، وَفِي الْأُخْرَى يَسْقُطُ الْمَهْرُ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بِامْتِنَاعِهَا مِنَ الْإِسْلَامِ، فَلَا يَكُونُ لَهَا مَهْرٌ.

وَمِنْهَا: رِدَّتُهُ عَنِ الْإِسْلَامِ.

وَمِنْهَا: إِقْرَارُهُ بِالنَّسَبِ أَوْ بِالرَّضَاعِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْمُفْسِدَاتِ، فَيُقْبَلُ مِنْهُ فِي انْفِسَاخِ النِّكَاحِ دُونَ سُقُوطِ النِّصْفِ.

وَمِنْهَا: أَنْ يَطَأَ أُمَّ زَوْجَتِهِ أَوِ ابْنَتَهَا بِشُبْهَةٍ أَوْ زِنًا، فَيَنْفَسِخُ نِكَاحُ الْبِنْتِ، وَيَجِبُ لَـهَا نِصْفُ الصَّدَاقِ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ هَانِئٍ.

وَيُسْتَثْنَى مِنْ هَذَا الْقِسْمِ الْفُسُوخُ الَّتِي يَمْلِكُهَا الزَّوْجُ لِضَرَرٍ يَلْحَقُهُ؛ إِمَّا لِظُهُورِ عَيْبٍ فِي الزَّوْجَةِ، أَوْ فَوَاتِ شَرْطٍ، فَيَسْقُطُ بِهَا الْمَهْرُ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْفُسُوخِ فِي الْعُقُودِ لِعَيْبٍ ظَهَرَ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ يَرْدَادُ لِلْعِوَضَيْنِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، وَقَدْ وُجِدَ ذَلِكَ قَبْلَ تَمَكُّنِهِ مِنْ قَبْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَاسْتِيفَائِهِ، وَإِنَّمَا اسْتَحَقَّتْ نِصْفَ الْمَهْرِ فِي الصَّدَاقِ وَمَا كَانَ فِي مَعْنَاهُ جَبْرًا لَـهَا، حَيْثُ لَمْ يَكُنْ لَهُ مُوجِبٌ مِنْ جِهَتِهَا، وَهُنَا قَدْ وُجِدَ سَبَبٌ مِنْ جِهَتِهَا، فَصَارَ كَالْمَنْسُوبِ إِلَيْهَا.

الْقِسْمُ الثَّانِي: مَا اسْتَقَلَّ بِهِ الْأَجْنَبِيُّ وَحْدَهُ.

وَمِنْ صُوَرِ ذَلِكَ: أَنْ تُرْضِعَ زَوْجَتُهُ الْكُبْرَى زَوْجَتَهُ الصُّغْرَى.

وَمِنْهَا: أَنْ يُكْرِهَ رَجُلٌ زَوْجَةَ أَبِيهِ أَوِ ابْنِهِ عَلَى الْوَطْءِ قَبْلَ الدُّخُولِ.

الْقِسْمُ الثَّالِثُ: مَا اسْتَقَلَّتْ بِهِ الزَّوْجَةُ وَحْدَهَا، وَلَهُ صُوَرٌ:

مِنْهَا: رِدَّتُهَا.

وَمِنْهَا: إِسْلَامُهَا، فِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّ لَـهَا نِصْفَ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّهَا فَعَلَتِ الْوَاجِبَ عَلَيْهَا، فَنُسِبَ الْفَسْخُ إِلَى امْتِنَاعِ الزَّوْجِ.

وَمِنْهَا: إِرْضَاعُهَا مِمَّنْ يَثْبُتُ بِهِ الْمَحْرَمِيَّةُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الزَّوْجِ، وَكَذَلِكَ ارْتِضَاعُهَا مِنْهَا وَهِيَ صَغِيرَةٌ.

وَمِنْهَا: فَسْخُهَا النِّكَاحَ لِعَيْبِ الزَّوْجِ.

قَالَ الْأَصْحَابُ: هُوَ مَنْسُوبٌ إِلَيْهَا، لَا إِلَيْهِ، فَسَقَطَ المَهْرُ أَيْضًا لِذَلِكَ، وَفَرَّقُوا بَيْنَهُمَا بِأَنَّ فَسْخَهُ لِعَيْبِهَا رَدٌّ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ، فَلَا يُنْسَبُ إِلَّا إِلَى مَنْ دَلَّسَ الْعَيْبَ، بِخِلَافِ فَسْخِهَا لِعَيْبِهِ؛ فَإِنَّ الْعَيْبَ لَيْسَ فِي المَعْقُودِ عَلَيْهِ، بَلْ فِي غَيْرِهِ، فَقَدِ امْتَنَعَتْ مِنْ تَسْلِيمِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ مَعَ سَلَامَةِ الْعِوَضَيْنِ لِضَرَرٍ دَخَلَ، فَلِذَلِكَ نُسِبَ الْفِعْلُ إِلَيْهَا، وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى أَنَّ الزَّوْجَ غَيْرُ مَعْقُودٍ عَلَيْهِ فِي النِّكَاحِ، وَفِيهِ خِلَافٌ سَبَقَ ذِكْرُهُ.

وَالْأَظْهَرُ فِي الْفَرْقِ أَنْ يُقَالَ: الْفُسُوخُ الشَّرْعِيَّةُ الَّتِي يَمْلِكُهَا كُلٌّ مِنَ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الْآخَرِ إِنَّمَا شُرِعَتْ لِإِزَالَةِ ضَرَرٍ حَاصِلٍ، فَإِذَا وَقَعَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ فَقَدْ رَجَعَ كُلٌّ مِنَ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الْآخَرِ إِلَى مَا بَذَلَهُ سَلِيمًا كَمَا خَرَجَ، فَلَا حَقَّ لَهُ فِي غَيْرِهِ، بِخِلَافِ الطَّلَاقِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ مِنْ مُوجِبَاتِ الْفُرْقَةِ بِغَيْرِ ضَرَرٍ ظَاهِرٍ، فَإِنَّهُ يَحْصُلُ بِهِ لِلْمَرْأَةِ انْكِسَارٌ وَضَرَرٌ، فَجَبَرَهُ الشَّارِعُ بِإِعْطَائِهَا نِصْفَ المَهْرِ عِنْدَ تَسْمِيَةِ المَهْرِ، وَالمُتْعَةِ عِنْدَ فَقْدِ التَّسْمِيَةِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَنَقَلَ مُهَنَّا عَنْ أَحْمَدَ فِي مَجْبُوبٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَلَمَّا دَخَلَ عَلَيْهَا لَمْ تَرْضَ بِهِ: لَهَا ذَلِكَ، وَعَلَيْهِ نِصْفُ الصَّدَاقِ إِذَا لَمْ تَرْضَ بِهِ.

قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: هَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ المَرْأَةَ إِذَا فَسَخَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَهَا نِصْفُ الصَّدَاقِ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْفَسْخِ هُوَ الْعَيْبُ مِنْ جِهَتِهِ، وَهِيَ مَعْذُورَةٌ فِي الْفَسْخِ.

وَأَمَّا الْقَاضِي فَقَالَ: قَدْ وُجِدَ الدُّخُولُ، وَإِنَّمَا لَمْ يُقَرِّرِ المَهْرُ كُلَّهُ لِلْمَانِعِ الْقَائِمِ بِهِ.

وَمِنْهَا: فَسْخُهَا النِّكَاحَ لِإِعْسَارِ الزَّوْجِ بِالْمَهْرِ أَوِ النَّفَقَةِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ كَالْفَسْخِ لِفَوَاتِ شَرْطٍ صَحِيحٍ.

قَالَ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ: هُوَ مَنْسُوبٌ إِلَيْهَا، فَيَسْقُطُ بِهِ مَهْرُهَا، كَمَا فِي الْفَسْخِ لِعَيْبِ الزَّوْجِ.

وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ: فَسْخُهَا لِفَوَاتِ الشَّرْطِ يَجِبُ لَهَا بِهِ نِصْفُ الشَّرْطِ؛ لِأَنَّ فَوَاتَ الشَّرْطِ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ، فَنُسِبَ الْفَسْخُ بِهِ إِلَيْهِ دُونَهَا، وَقِيَاسُهُ الْفَسْخُ بِمَنْعِ النَّفَقَةِ وَنَحْوِهَا مِمَّا هُوَ مِنْ فِعْلِ الزَّوْجِ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى إِزَالَتِهِ، وَأَمَّا الْفَسْخُ لِعُسْرَتِهِ فَهُوَ كَالْفَسْخِ لِعَيْبِهِ كَمَا تَقَدَّمَ.

قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: وَيَلْزَمُ مَنْ قَالَ: إِنَّ خُرُوجَ الْبُضْعِ مُتَقَوِّمٌ بِمَهْرِ الْمِثْلِ، وَإِنَّ الْفُرْقَةَ مِنْ جِهَتِهَا كَإِتْلَافِ الْبَائِعِ لِلْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ؛ أَنْ يُخَيَّرَ الزَّوْجُ بَيْنَ مُطَالَبَتِهَا بِمَهْرِ الْمِثْلِ وَضَمَانِ الْمُسَمَّى لَهَا وَبَيْنَ إِسْقَاطِ الْمُسَمَّى.

وَمِنْهَا: فَسْخُ الْمُعْتَقَةِ تَحْتَ عَبْدٍ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَفِيهِ رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: لَا مَهْرَ لَهَا، اخْتَارَهَا الْخِرَقِيُّ وَغَيْرُهُ لِاسْتِقْلَالِهَا بِالْفَسْخِ كَالْحُرَّةِ.

وَالثَّانِيَةُ: يَنْتَصِفُ الْمَهْرُ، نَقَلَهَا مُهَنَّا، وَاخْتَارَهَا أَبُو بَكْرٍ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ هُوَ مُسْتَحِقُّ الْمَهْرِ، فَلَا يَسْقُطُ بِفَسْخِ غَيْرِهِ، وَيُجَابُ عَنْهُ بِأَنَّ إِعْتَاقَ السَّيِّدِ لِسَبَبٍ فِي الْفَسْخِ يُسْقِطُ حَقَّهُ لِتَسَبُّبِهِ فِي سُقُوطِهِ، وَإِنْ بَاشَرَهُ غَيْرُهُ، كَمَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ: أَلْقِ مَتَاعِي فِي الْبَحْرِ فَفَعَلَ.

الْقِسْمُ الرَّابِعُ: مَا اشْتَرَكَ فِيهِ الزَّوْجَانِ، وَلَهُ صُوَرٌ:

مِنْهَا: لِعَانُهَا، فَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ أَنَّ فُرْقَةَ اللِّعَانِ جَاءَتْ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجَةِ؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ إِنَّمَا تَقَعُ بِلِعَانِهَا.

وَقَالَ الْقَاضِي: يُخَرَّجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، أَصْلُهُمَا إِذَا لَاعَنَهَا فِي مَرَضِ مَوْتِهِ، فَهَلْ تَرِثُهُ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ.

وَمِنْهَا: أَنْ يُخَالِعَهَا، وَقَدْ سَبَقَ أَنَّ الْمَنْصُوصَ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّ لَهَا نِصْفَ الصَّدَاقِ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ، وَلِأَنَّ لَنَا فِيهِ وَجْهًا آخَرَ أَنَّهُ يُسْقِطُ الْمَهْرَ كُلَّهُ إِذَا قُلْنَا: هُوَ فَسْخٌ، فَإِنَّهُ يَكُونُ مَنْسُوبًا إِلَيْهِمَا، فَيَكُونُ كَالتَّلَاعُنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ طَلَاقٌ، فَإِنَّ الطَّلَاقَ يَسْتَقِلُّ بِهِ الزَّوْجُ، فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ لَهَا ابْتِدَاءً: أَنْتِ طَالِقٌ بِأَلْفٍ فَقَبِلَتْهُ.

وَيَتَخَرَّجُ لَنَا وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يَسْقُطُ بِهِ الْمَهْرُ، وَإِنْ قُلْنَا: هُوَ طَلَاقٌ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ جَاءَ مِنْ قِبَلِهَا بِسُؤَالِهَا، وَلِهَذَا كَانَ لَنَا فِيمَنْ خَالَعَتْ زَوْجَهَا فِي مَرَضِهِ هَلْ تَرِثُهُ أَوْ لَا رِوَايَتَانِ.

وَجَزَمَ ابْنُ أَبِي مُوسَى أَنَّهَا لَا تَرِثُهُ؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِهَا، فَلَا يَكُونُ لَهَا شَيْءٌ مِنَ الصَّدَاقِ حِينَئِذٍ، يُؤَيِّدُ هَذَا أَنَّ الْخُلْعَ يُسْقِطُ حُقُوقَ الزَّوْجِيَّةِ كُلَّهَا فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ، وَنِصْفُ الْمَهْرِ مِنَ الْحُقُوقِ فَيَسْقُطُ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ.

الْقِسْمُ الْخَامِسُ: مَا كَانَ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجَةِ مَعَ أَجْنَبِيٍّ، وَلَهُ صُوَرٌ:

مِنْهَا: شِرَاؤُهَا لِلزَّوْجِ، وَفِيهِ وَجْهَانِ، أَشْهَرُهُمَا -وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ وَالْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ- أَنَّهُ يَتَنَصَّفُ بِهَا الْمَهْرُ تَغْلِيبًا لِجِهَةِ الْأَجْنَبِيِّ هُنَا، وَهُوَ الْبَائِعُ؛ إِذْ هُوَ أَصْلُ الْعَقْدِ، وَمِنْهُ نَشَأَ وَعَنْهُ تَلَقَّى.

وَالثَّانِي: يَسْقُطُ المَهْرُ تَغْلِيبًا لِجِهَةِ الزَّوْجَةِ؛ إِذْ الِانْفِسَاخُ مُتَعَقِّبٌ لِقَبُولِـهَا.

فَأَمَّا شِرَاءُ الزَّوْجِ لِزَوْجَتِهِ فَهَلْ يَتَنَصَّفُ بِهِ المَهْرُ أَوْ يَسْقُطُ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ أَيْضًا، وَاخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ أَنَّهُ يَسْقُطُ تَغْلِيبًا لِجِهَةِ الْبَائِعِ هُنَا أَيْضًا، وَهُوَ سَيِّدُ الْأَمَةِ الْمُسْتَحِقُّ لِمَهْرِهَا، فَهُوَ كَمَجِيءِ الْفَسْخِ مِنَ الحُرَّةِ الْمُسْتَحِقَّةِ لِلْمَهْرِ، وَهَذَا مُتَّجِهٌ عَلَى مَا اخْتَارَهُ فِي فَسْخِ الْمُعْتَقَةِ تَحْتَ عَبْدٍ، فَعَلَى هَذَا لَوْ بَاعَهَا السَّيِّدُ الَّذِي زَوَّجَهَا لِأَجْنَبِيٍّ، ثُمَّ بَاعَهَا الْأَجْنَبِيُّ لِلزَّوْجِ قَبْلَ الدُّخُولِ، لَمْ يَسْقُطْ؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ جَاءَتْ مِنَ الْبَائِعِ الثَّانِي، وَهُوَ غَيْرُ مُسْتَحِقٍّ لِلْمَهْرِ.

هَذَا كَلَامُ صَاحِبِ الْمُحَرَّرِ، وَعَلَّلَ صَاحِبُ الْكَافِي سُقُوطَ المَهْرِ بِأَنَّ الزَّوْجَةَ شَارَكَتْهُ فِي الْفَسْخِ، فَسَقَطَ مَهْرُهَا، كَالْفَسْخِ بِعَيْبٍ، وَمَعْنَى هَذَا أَنَّ كَوْنَهَا أَمَةً صِفَةٌ لَـهَا ثَابِتَةٌ بَعْدَ مِلْكِ الزَّوْجِ، وَذَلِكَ يُوجِبُ الْفَسْخَ، فَأُسْنِدَ إِلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِاخْتِيَارِهَا، كَمَا اسْتَنَدَ فَسْخُهَا لِعَيْبِ الزَّوْجِ إِلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِاخْتِيَارِهِ، وَعَلَى هَذَا فَلَا فَرْقَ بَيْنَ شِرَائِهَا مِنْ مُسْتَحِقِّ مَهْرِهَا وَغَيْرِهِ، وَهُوَ مُقْتَضَى إِطْلَاقِ الْأَكْثَرِينَ.

وَمِنْهَا: إِذَا مَكَّنَتِ الزَّوْجَةُ مِنْ نَفْسِهَا مَنْ يَنْفَسِخُ النِّكَاحُ بِوَطْئِهِ؛ كَأَبِ الزَّوْجِ أَوِ ابْنِهِ، فَقَالَ الْقَاضِي وَمَنِ اتَّبَعَهُ: يَسْقُطُ مَهْرُهَا إِسْنَادًا لِلْفَسْخِ إِلَيْهَا.

وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: يَتَخَرَّجُ عَلَى وَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ الْفُرْقَـةَ مِنْهَا وَمِنَ الْأَجْنَبِيِّ.

وَبَقِيَ هُنَا قِسْمٌ سَادِسٌ: وَهِيَ الْفُرْقَةُ الْإِجْبَارِيَّةُ، وَلَـهَا صُوَرٌ:

مِنْهَا: أَنْ يُسْلِمَ الْكَافِرُ وَتَحْتَهُ عَدَدٌ لَا يَجُوزُ لَهُ جَمْعُهُ فِي الْإِسْلَامِ، فَيَنْفَسِخُ نِكَاحُ الْعَدَدِ الزَّائِدِ، فَلَا يَجِبُ لَهُنَّ شَيْءٌ مِنَ المَهْرِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الجَامِعِ وَالخِلَافِ

مُعَلِّلًا بِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْ إِمْسَاكِهِنَّ، فَهُوَ كَالنِّكَاحِ الْفَاسِدِ.

وَجَزَمَ بِهِ صَاحِبُ الْمُغْنِي وَالْمُحَرَّرِ، وَيَتَخَرَّجُ لَنَا وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يَجِبُ تَنَصُّفُ الْمَهْرِ مِنَ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي بَعْدَهَا.

وَأَمَّا الطَّلَاقُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ فَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ وَجْهًا أَنَّ الْمَهْرَ يَتَنَصَّفُ بِهِ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَعَلَى الْمَشْهُورِ فَإِنَّمَا يَسْقُطُ؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ يَجِبُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ بِالْإِصَابَةِ، لَا بِالْعَقْدِ، بِخِلَافِ الصَّحِيحِ.

وَمِنْهَا: إِذَا تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ فِي عَقْدَيْنِ، وَأَشْكَلَ السَّابِقُ، وَأَمَرْنَاهُ بِالطَّلَاقِ فَطَلَّقَهَا، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: يَتَوَجَّهُ فِي الْمَهْرِ قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَجِبُ نِصْفُ الْمَهْرِ، ثُمَّ يَقْتَرِعَانِ، فَمَنْ وَقَعَتْ عَلَيْهَا الْقُرْعَةُ حُكِمَ لَهَا بِهِ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ لِإِحْدَاهُمَا فِي نَفْسِ الْأَمْرِ، فَتَعَيَّنَ بِالْقُرْعَةِ.

وَالثَّانِي: لَا يَجِبُ شَيْءٌ بِهِ؛ لِأَنَّهُ مُكْرَهٌ عَلَى الطَّلَاقِ، فَكَأَنَّ الْفَسْخَ جَاءَ مِنْ جِهَةِ الْمَرْأَةِ، فَلَا تَسْتَحِقُّ شَيْئًا.

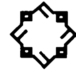
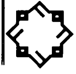
وَالْمَنْقُولُ عَنْ أَحْمَدَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مَا نَقَلَهُ عَنْهُ مُهَنَّا، أَنَّهُ قَالَ: يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا، وَقَدْ قِيلَ: يَكُونُ نِصْفُ الْمَهْرِ لَهُمَا جَمِيعًا، وَمَا أَخْلَقَهُ أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ، وَلَكِنْ لَمْ أَسْمَعْ فِيهِ شَيْئًا، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُمَا يَقْتَسِمَانِ نِصْفَ الْمَهْرِ، لَا يَقْتَرِعَانِ عَلَيْهِ.

وَلَوْ زَوَّجَ الْوَلِيَّانِ امْرَأَةً مِنْ زَوْجَيْنِ، وَجُهِلَ السَّابِقُ مِنْهُمَا، وَأَمَرْنَاهُمَا بِالطَّلَاقِ، فَهَلْ يَجِبُ لَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ عَلَى أَحَدِهِمَا، وَيُعَيَّنُ بِالْقُرْعَةِ، أَمْ لَا يَجِبُ لَهَا شَيْءٌ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، وَحُكِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّهُ اخْتَارَ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَـهَا، وَبِهِ أَفْتَى أَبُو يَعْلَى النَّجَّادُ.

قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: وَيَتَخَرَّجُ عَلَى هَذَا الخِلَافِ مَا إِذَا وَرِثَتِ المَرْأَةُ زَوْجَهَا؛ فَإِنَّ الْفُرْقَةَ هَاهُنَا بِفِعْلِ اللهِ عَزَّوَجَلَّ، فَهُوَ كَاشْتِبَاهِ الزَّوْجِ.

⁂


الْقَاعِدَةُ السَّابِعَةُ وَالْخَمْسُونَ بَعْدَ الْمِائَةِ





إذَا تَغَيَّرَ حَالُ المَرْأَةِ الَّتِي فِي الْعِدَّةِ بِانْتِقَالِـهَا مِنْ رِقٍّ إلَى حُرِّيَّةٍ، أَوْ طَرَأَ عَلَيْهَا سَبَبٌ مُوجِبٌ لِعِـدَّةٍ أُخْرَى مِنَ الزَّوْجِ كَوَفَاتِـهِ، فَهَـلْ يَلْزَمُهَا الِانْتِقَالُ إلَى عِدَّةِ الْوَفَاةِ أَوْ إلَى عِدَّةِ حُرَّةٍ؟ إنْ كَانَ زَوْجُهَا مُتَمَكِّنًا مِنْ تَلَافِي نِكَاحِهَا فِي الْعِدَّةِ لَزِمَهَا الِانْتِقَالُ وَإِلَّا فَلَا، إلَّا مَا يُسْتَثْنَى مِنْ ذَلِكَ مِنَ الْإِبَانَةِ فِي المَرِيضِ.

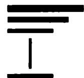
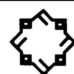
وَيَتَخَرَّجُ عَلَى هَذَا مَسَائِلُ:

مِنْهَا: الرَّجْعِيَّةُ إذَا أُعْتِقَتْ أَوْ تُوُفِّيَ زَوْجُهَا، انْتَقَلَتْ إلَى عِدَّةِ حُرَّةٍ أَوْ عِدَّةِ وَفَاةٍ.

وَمِنْهَا: إذَا كَانَتْ تَحْتَ عَبْدٍ مُشْرِكٍ إمَاءٌ فَأَسْلَمْنَ وَأُعْتِقْنَ، فَإِنَّ عِدَّتَهُنَّ عِدَّةُ حَرَائِرَ؛ لِأَنَّهُ عِتْقٌ فِي عِدَّةٍ يَتَمَكَّنُ الزَّوْجُ فِيهَا مِنَ الِاسْتِدْرَاكِ بِالْإِسْلَامِ، فَهِيَ فِي مَعْنَى عِدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ، بِخِلَافِ مَا إذَا أَسْلَمَ الْعَبْدُ ثُمَّ عَتَقَ الْإِمَاءُ وَهُنَّ عَلَى الشِّرْكِ، فَإِنَّ عِدَّتَهُنَّ عِدَّةُ إمَاءٍ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ لَا يُمْكِنُهُ تَلَافِي نِكَاحِهِنَّ.

وَمِنْهَا: الْمُرْتَدُّ إذَا قُتِلَ فِي عِدَّةِ امْرَأَتِهِ، فَإِنَّهَا تَسْتَأْنِفُ عِدَّةَ الْوَفَاةِ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يُمْكِنُهُ تَلَافِي النِّكَاحِ بِالْإِسْلَامِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْفَسْخَ يَقِفُ عَلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ.

وَمِنْهَا: لَـوْ أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ وَهِيَ تَحْتَ كَافِـرٍ، ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِـدَّةِ، فَإِنَّهَا تَنْتَقِلُ إلَى عِدَّةِ الْوَفَاةِ فِي قِيَاسِ الَّتِي قَبْلَهَا، ذَكَرَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ.


الْقَاعِدَةُ الثَّامِنَةُ وَالخَمْسُونَ بَعْدَ المِائَةِ

إِذَا تَعَارَضَ مَعَنَا أَصْلَانِ عُمِلَ بِالْأَرْجَحِ مِنْهُمَا؛ لِاعْتِضَادِهِ بِمَا يُرَجِّحُهُ، فَإِنْ تَسَاوَيَا خُرِّجَ فِي المَسْأَلَةِ وَجْهَانِ غَالِبًا.

مِنْ صُوَرِ ذَلِكَ: مَا إِذَا وَقَعَ فِي المَاءِ نَجَاسَةٌ وَشَكَّ فِي بُلُوغِهِ الْقُلَّتَيْنِ، فَهَلْ يُحْكَمُ بِنَجَاسَتِهِ أَوْ طَهَارَتِهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: يُحْكَمُ بِنَجَاسَتِهِ، وَهُوَ المُرَجَّحُ عِنْدَ صَاحِبِ المُغْنِي وَالمُحَرَّرِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ بُلُوغِهِ قُلَّتَيْنِ.

وَالثَّانِي: هُوَ طَاهِرٌ، وَهُوَ الْأَظْهَرُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي المَاءِ الطَّهَارَةُ، وَأَمَّا أَنَّ أَصْلَهُ الْقُلَّةُ فَقَدْ لَا يَكُونُ كَذَلِكَ، كَمَا إِذَا كَانَ كَثِيرًا ثُمَّ نَقَصَ وَشَكَّ فِي قَدْرِ الْبَاقِي مِنْهُ، وَيُعَضِّدُ هَذَا أَنَّ الْأَصْلَ وُجُوبُ الطَّهَارَةِ بِالمَاءِ، فَلَا يَعْدِلُ إِلَى التَّيَمُّمِ إِلَّا بَعْدَ تَيَقُّنِ عَدَمِهِ.

وَأَيْضًا فَلِلْأَصْحَابِ خِلَافٌ فِي المَاءِ الَّذِي وَقَعَتْ فِيهِ النَّجَاسَةُ؛ هَلِ الْأَصْلُ فِيهِ أَنْ يَنْجُسَ إِلَّا أَنْ يَبْلُغَ حَدَّ الْكَثْرَةِ، فَلَا يَنْجُسُ لِمَشَقَّةِ حِفْظِ الْكَثِيرِ مِنَ النَّجَاسَةِ، أَمِ الْأَصْلُ فِيهِ الطَّهَارَةُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ يَسِيرًا فَيَنْجُسُ؛ لِأَنَّ الْيَسِيرَ لَا يَكَادُ يَحْمِلُ النَّجَاسَةَ عَلَيْهِ غَالِبًا؟

فَعَلَى الْأَوَّلِ يَجِبُ الحُكْمُ بِنَجَاسَةِ هَذَا المَاءِ، وَعَلَى الثَّانِي يُحْكَمُ بِطَهَارَتِهِ،

وَعَلَى هَذَيْنِ الْمَأْخَذَيْنِ يَتَخَرَّجُ الخِلَافُ فِي إِثْبَاتِ نِصْفِ الْقِرْبَةِ الَّذِي رُوِيَ الشَّكُّ فِيهِ فِي ضَبْطِ الْقُلَّتَيْنِ وَإِسْقَاطِهِ، وَيَنْبَنِي عَلَى ذَلِكَ أَنَّ الْقُلَّتَيْنِ هَلْ هُمَا خَمْسُ قِرَبٍ أَوْ أَرْبَعٌ؟ وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَمِنْهَا: مَا إِذَا وَقَعَ فِي المَاءِ الْيَسِيرِ رَوْثَةٌ، وَشُكَّ هَلْ هِيَ مِنْ مَأْكُولٍ أَوْ غَيْرِهِ؟ أَوْ مَاتَ فِيهِ حَيَوَانٌ، وَشُكَّ هَلْ هُوَ ذُو نَفْسٍ سَائِلَةٍ أَمْ لَا؟ وَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ نَجِسٌ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْأَرْوَاثِ وَالمَيْتَاتِ النَّجَاسَةُ، وَحَيْثُ قُضِيَ بِطَهَارَةِ شَيْءٍ مِنْهَا فَرُخْصَةٌ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ، وَلَمْ يَتَحَقَّقْ وُجُودُ المُرَخِّصِ هَاهُنَا، فَيَبْقَى عَلَى الْأَصْلِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ طَاهِرٌ، وَهُوَ المُرَجَّحُ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي المَاءِ الطَّهَارَةُ، فَلَا يُزَالُ عَنْهَا بِالشَّكِّ، وَقَدْ مَنَعَ بَعْضُهُمْ أَنَّ الْأَصْلَ فِي الْأَرْوَاثِ النَّجَاسَةُ، وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي حَرْبٍ فِي رَجُلٍ وَطِئَ عَلَى رَوْثٍ لَا يَدْرِي لِحِمَارٍ أَوْ بِرْذَوْنٍ، فَرَخَّصَ فِيهِ إِذَا لَمْ يَعْرِفْهُ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَعَدَ الذُّبَابُ عَلَى نَجَاسَةٍ رَطْبَةٍ ثُمَّ سَقَطَ بِالْقُرْبِ عَلَى ثَوْبٍ، وَشُكَّ فِي جَفَافِ النَّجَاسَةِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ نَجِسٌ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الرُّطُوبَةِ، نَقَلَهَا أَبُو بَكْرٍ عَنْ أَحْمَدَ.

وَالثَّانِي: لَا يَنْجُسُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ طَهَارَةُ الثَّوْبِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَدْرَكَ الْإِمَامَ فِي الرُّكُوعِ فَكَبَّرَ وَرَكَعَ مَعَهُ، وَشَكَّ هَلْ رَفَعَ إِمَامُهُ قَبْلَ رُكُوعِهِ أَوْ بَعْدَهُ، فَالمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يُعْتَدُّ لَهُ بِتِلْكَ الرَّكْعَةِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ

الْإِدْرَاكِ، وَهُـوَ مَنْقُولٌ عَنِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا. وَقَـالَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ: يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُعْتَدُّ لَهُ بِهَا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْإِمَامِ فِي الرُّكُوعِ.

وَمِنْهَا: إِذَا شَكَّ هَـلْ تَـرَكَ وَاجِبًا فِي الصَّلَاةِ، فَهَـلْ يَلْزَمُهُ السُّجُـودُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: يَلْزَمُهُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْإِتْيَانِ بِهِ.

وَالثَّانِي: لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ لُزُومِ السُّجُودِ.

وَمِنْهَا: إِذَا كَانَ مَالُهُ غَائِبًا، فَإِنْ كَانَ مُنْقَطِعًا خَبَرُهُ لَمْ يَجِبْ إِخْرَاجُ الزَّكَاةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ خَبَرُهُ مُنْقَطِعًا كَالْمُودَعِ وَنَحْوِهِ، فَفِي وُجُوبِ إِخْرَاجِ زَكَاتِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ وَجْهَانِ.

وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ، وَعَلَّلَ بِأَنَّهُ لَا يَدْرِي لَعَلَّ الْمَالَ ذَهَبَ.

وَيَبْنِي بَعْضُ الْأَصْحَابِ هَذَا عَلَى الْخِلَافِ فِي مَحَلِّ الزَّكَاةِ، فَإِنْ قُلْنَا: فِي الْعَيْنِ لَمْ يَجِبِ الْإِخْرَاجُ حَتَّى يَقْبِضَهَا، وَيَتَمَكَّنَ مِنَ الْإِخْرَاجِ مِنْهَا، وَإِنْ قُلْنَا: فِي الذِّمَّةِ وَجَبَ الْإِخْرَاجُ مِنْ غَيْرِهَا.

وَيَتَوَجَّهُ عِنْدِي أَنْ يَتَخَرَّجَ فِي وُجُوبِ الزَّكَاةِ فِي الْمَالِ الْمُنْقَطِعِ خَبَرُهُ وَجْهَانِ؛ بِنَاءً عَلَى مَحَلِّ التَّعْلِيقِ؛ فَإِنْ قُلْنَا: هُوَ الْعَيْنُ وَجَبَ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤُهَا، لَكِنْ لَا يَلْزَمُ إِخْرَاجُ الزَّكَاةِ حَتَّى يَقْبِضَ كَالدَّيْنِ، وَإِنْ قُلْنَا: هُوَ الذِّمَّةُ لَمْ يَجِبْ؛

لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ، وَقَدْ شَكَّ فِي اشْتِغَالِهَا، وَأَمَّا إِنْ قُلْنَا: لَا تَجِبُ الزَّكَاةُ فِي الْمَالِ الضَّالِّ وَالْمَغْصُوبِ فَهَذَا مِثْلُهُ.

وَمِنْهَا: الْعَبْدُ الْآبِقُ الْمُنْقَطِعُ خَبَرُهُ، هَلْ تَجِبُ فِطْرَتُهُ أَمْ لَا؟

الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ أَنَّهُ لَا تَجِبُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ، وَالْفِطْرَةُ فِي الذِّمَّةِ.

وَيَتَخَرَّجُ لَنَا وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يَجِبُ بِنَاءً عَلَى جَوَازِ عِتْقِهِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤُهُ.

وَمِنْهَا: جَوَازُ عِتْقِهِ فِي الْكَفَّارَةِ، وَالْمَشْهُورُ عَدَمُهُ، وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ احْتِمَالًا بِالْإِجْزَاءِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤُهُ.

وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي شَرْحِ الْخِرَقِيِّ وَجْهَيْنِ عَنِ الْأَصْحَابِ، وَصَحَّحَ عَدَمَ الْإِجْزَاءِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْكَفَّارَةِ فِي الذِّمَّةِ، وَقَدْ عَضَّدَهُ الظَّاهِرُ الدَّالُّ عَلَى هَلَاكِ الْعَبْدِ مِنِ انْقِطَاعِ خَبَرِهِ، فَرُجِّحَ هَذَا الْأَصْلُ بِاعْتِضَادِهِ بِهَذَا الظَّاهِرِ.

وَأَيْضًا فَالْكَفَّارَةُ ثَابِتَةٌ فِي الذِّمَّةِ، وَقَدْ شَكَّ فِي وُقُوعِ الْعِتْقِ عَنْهَا، فَلَا يَسْقُطُ بِمُجَرَّدِ ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: إِذَا ظَهَرَ بِالْمَبِيعِ عَيْبٌ، وَاخْتَلَفَا هَلْ حَدَثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي أَوْ عِنْدَ الْبَائِعِ؛ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: الْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ سَلَامَةُ الْمَبِيعِ وَلُزُومُ الْبَيْعِ بِالتَّفَرُّقِ.

وَالثَّانِيَةُ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْقَبْضِ الْمُبْرِئِ.

وَأَطْلَقَ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ هَذَا الْخِلَافَ، وَفَرَّقَ بَعْضُهُمْ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ

عَيْنًا مُعَيَّنَةً أَوْ فِي الذِّمَّةِ، فَإِنْ كَانَ فِي الذِّمَّةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْقَابِضِ وَجْهًا وَاحِدًا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ اشْتِغَالُ ذِمَّةِ الْبَائِعِ، فَلَمْ تَثْبُتْ بَرَاءَتُهَا.

وَمِنْهَا: مَنْ لَزِمَهُ ضَمَانُ قِيمَةِ عَيْنٍ، فَوَصَفَهَا بِعَيْبٍ يَنْقُصُ الْقِيمَةَ، وَأَنْكَرَ الْمُسْتَحِقُّ، فَهَلْ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي دَعْوَى الْعَيْبِ؛ لِأَنَّهُ غَارِمٌ، وَالْأَصْلُ إِبْرَاءُ ذِمَّتِهِ، أَوْ قَوْلُ خَصْمِهِ فِي إِنْكَارِ الْعَيْبِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُهُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا آجَرَهُ عَبْدًا وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ، ثُمَّ ادَّعَى الْمُسْتَأْجِرُ أَنَّ الْعَبْدَ آبِقٌ مِنْ يَدِهِ، وَأَنْكَرَ الْمُؤَجِّرُ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُؤَجِّرِ، نَقَلَهَا حَنْبَلٌ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْإِبَاقِ، وَأَنَّ الْمُؤَجِّرَ مَلَكَ الْأُجْرَةَ كُلَّهَا بِالْعَقْدِ.

وَالثَّانِيَةُ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ، نَقَلَهَا ابْنُ مَنْصُورٍ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ تَسْلِيمِ الْمَنْفَعَةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا، وَلَوِ ادَّعَى أَنَّ الْعَبْدَ مَرِضَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُؤَجِّرِ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ مُفَرِّقًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْإِبَاقِ؛ لِأَنَّ الْمَرَضَ يُمْكِنُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ الْإِبَاقِ.

وَمِنْهَا: إِذَا ضُرِبَ لِلْعِنِّينِ الْأَجَلُ وَاخْتَلَفَا فِي الْإِصَابَة، وَالْمَرْأَةُ ثَيِّبٌ، فَهَلِ الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجَةِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْوَطْءِ أَوْ قَوْلُ الزَّوْجِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ ثُبُوتِ الْفَسْخِ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ.

وَعَنْهُ رِوَايَةٌ ثَالِثَةٌ: أَنَّهُ يُخَلَّى مَعَهَا وَيُؤْمَرُ بِإِخْرَاجِ مَائِهِ، وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى تَرْجِيحِ الظَّاهِرِ عَلَى الْأَصْلِ.

وَمِنْهَا: إذَا شَكَّ الزَّوْجَانِ بَعْدَ الدُّخُولِ، فَقَالَ الزَّوْجُ: أَسْلَمْتُ فِي عِدَّتِكِ، فَالنِّكَاحُ بَاقٍ، فَقَالَتْ: بَلْ أَسْلَمْتَ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِي، فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ النِّكَاحِ.

وَالثَّانِي: الْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ إسْلَامِهِ فِي الْعِدَّةِ.

وَمِنْهَا: إذَا قَالَ: أَسْلَمْتُ قَبْلَكِ، فَلَا نَفَقَةَ لَكِ، وَقَالَتْ: بَلْ أَسْلَمْتُ قَبْلَكَ، فَلِيَ النَّفَقَةُ، فَفِيهِ أَيْضًا وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْقَوْلُ قَوْلُـهَا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ وُجُوبُ النَّفَقَةِ.

وَالثَّانِي: الْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ إنَّمَا تَجِبُ بِالتَّمْكِينِ مِنْ الِاسْتِمْتَاعِ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ وُجُودِهِ، كَذَا ذَكَرَ صَاحِبُ الْكَافِي، وَعَلَّلَ الْقَاضِي أَنَّ النَّفَقَةَ تَجِبُ يَوْمًا فَيَوْمًا، فَالْأَصْلُ عَدَمُ وُجُوبِهَا، وَيُنْتَقَضُ التَّعْلِيلَانِ بِالِاخْتِلَافِ فِي النُّشُوزِ.

وَمِنْهَا: إذَا عَلَّقَ الطَّلَاقَ عَلَى عَدَمِ شَيْءٍ، وَشَكَّ فِي وُجُودِهِ، فَهَلْ يَقَعُ الطَّلَاقُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَقَعُ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ صَاحِبِ الْمُحَرَّرِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ النِّكَاحِ وَعَدَمُ وُقُوعِ الطَّلَاقِ.

وَالثَّانِي: يَقَعُ، وَنَقَلَ مُهَنَّا عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ فِيمَنْ حَلَفَ لَيَأْكُلَنَّ تَمْرَةً فَاخْتَلَطَتْ فِي تَمْرٍ كَثِيرٍ إنْ لَمْ يَأْكُلْهُ كُلَّهُ حَنِثَ، وَبِذَلِكَ جَزَمَ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَالشِّيرَازِيُّ وَالسَّامَرِّيُّ، وَرَجَّحَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُنُونِهِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ وُجُودُ شَرْطِ الطَّلَاقِ، وَهُوَ الْعَدَمُ.

وَهُوَ بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَمَرَّ الشَّكُّ وَلَمْ يُوجَدْ مَا يَدُلُّ عَلَى بَقَاءِ الْعَدَمِ، وَلَا عَلَى انْتِفَائِهِ، فَإِنْ وُجِدَ مَا يَدُلُّ عَلَى بَقَائِهِ يَقِينًا وَقَعَ الطَّلَاقُ بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَإِنْ وُجِدَ مَا يَدُلُّ عَلَى بَقَائِهِ ظَاهِرًا وَكَانَ حُجَّةً شَرْعِيَّةً يَجِبُ قَبُولُهَا فَكَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ أَمَارَةً مَحْضَةً وَقَعَ أَيْضًا عَلَى الْمَشْهُورِ، وَإِنْ وُجِدَ مَا يَدُلُّ عَلَى انْتِفَاءِ الْعَدَمِ يَقِينًا لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَإِنْ وُجِدَ مَا يَدُلُّ عَلَى انْتِفَائِهِ ظَاهِرًا فَوَجْهَانِ عَلَى قَوْلِنَا بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ مَعَ اسْتِمْرَارِ الشَّكِّ الْمُسَاوِي الْمُطْلَقِ عَلَيْهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَتَلَ مَنْ لَا يُعْرَفُ، ثُمَّ ادَّعَى رِقَّهُ أَوْ كُفْرَهُ، وَأَنْكَرَ الْوَلِيُّ ذَلِكَ، فَهَلْ يُقْبَلُ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عِصْمَةُ دَمِهِ، أَوْ قَوْلُ الْوَلِيِّ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْقَتْلِ إِيجَابُ الْقِصَاصِ إِلَّا أَنْ يَمْنَعَ مَانِعٌ، وَلَمْ يَتَحَقَّقْ وُجُودُ الْمَانِعِ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، أَشْهَرُهُمَا الثَّانِي، وَحُكِيَ الْأَوَّلُ عَنْ أَبِي بَكْرٍ، وَكَذَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا جَنَى عَلَى عُضْوٍ، ثُمَّ ادَّعَى شَلَلَهُ، فَأَنْكَرَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ، لَكِنَّ الْمَحْكِيَّ هَاهُنَا عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُنْكِرِ.

وَكَذَلِكَ الْوَجْهَانِ فِيمَا إِذَا قَدَّ مَلْفُوفًا نِصْفَيْنِ، ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ كَانَ مَيِّتًا، فَأَنْكَرَ الْوَلِيُّ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عِصْمَةُ الدَّمِ، وَالْأَصْلَ حَيَاةُ الْمَقْدُودِ.

وَكَذَا الْوَجْهَانِ لَوْ جَنَى عَلَى بَطْنِ حَامِلٍ فَأَلْقَتْ وَلَدًا لِوَقْتٍ يَعِيشُ الْمَوْلُودُ فِي مِثْلِهِ، وَاخْتَلَفَا فِي حَيَاتِهِ عِنْدَ الْوَضْعِ؛ لِتَعَارُضِ أَصْلِ الْحَيَاةِ وَبَرَاءَةِ الذِّمَّةِ.

وَكَذَا الْوَجْهَانِ لَوْ زَادَ فِي الْقِصَاصِ مِنَ الْجُرْحِ، وَقَالَ: إِنَّمَا حَصَلَتِ الزِّيَادَةُ بِاضْطِرَابِ الْمُقْتَصِّ مِنْهُ، وَأَنْكَرَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الِاضْطِرَابِ وَوُجُوبُ الضَّمَانِ، وَالْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ، وَمَا يَدَّعِيهِ مُحْتَمَلٌ.

وَمِنْهَا: لَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ بِالنِّكَاحِ، وَقَدْ ثَبَتَ الطَّلَاقُ، فَهَلْ يَجِبُ بِهِ جَمِيعُ المَهْرِ أَوْ نِصْفُهُ فَقَطْ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: يَجِبُ المَهْرُ كُلُّهُ؛ لِأَنَّهُ وَجَبَ بِالْعَقْدِ، وَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ مُسْقِطٌ وَلَا لِبَعْضِهِ، وَهُوَ مُقْتَضَى كَلَامِ أَبِي الخَطَّابِ وَصَاحِبِ المُحَرَّرِ.

وَالثَّانِي: يَجِبُ نِصْفُ المَهْرِ فَقَطْ؛ لِأَنَّ النِّصْفَ الْآخَرَ لَا يَسْتَقِرُّ إِلَّا بِالدُّخُولِ، وَلَمْ يَتَحَقَّقْ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي.

وَقَالَ صَاحِبُ المُغْنِي: إِنْ أَنْكَرَ الزَّوْجُ الدُّخُولَ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي نِصْفِ المَهْرِ، وَإِلَّا فَالْقَوْلُ قَوْلُـهَا فِي وُجُوبِهِ كُلِّهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا رَمَى صَيْدًا فَجَرَحَهُ، ثُمَّ غَابَ وَوَجَدَهُ مَيِّتًا، وَلَا أَثَرَ بِهِ غَيْرُ سَهْمِهِ، أَوْ جَرَحَهُ جُرْحًا مُوَحِّيًا، ثُمَّ سَقَطَ فِي مَاءٍ وَنَحْوِهِ، فَهَلْ يُبَاحُ؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ مُشَارَكَةِ سَبَبٍ آخَرَ فِي قَتْلِهِ، وَالْأَصْلُ تَحْرِيمُ الحَيَوَانِ حَتَّى يُتَيَقَّنَ سَبَبُ إِبَاحَتِهِ، لَكِنَّ الْأَصْلَ الْأَوَّلَ مُعْتَضِدٌ بِأَنَّ الظَّاهِرَ مَوْتُهُ بِهَذَا السَّبَبِ دُونَ غَيْرِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا جَاءَ بَعْضُ الْعَسْكَرِ بِمُشْرِكٍ، فَادَّعَى المُشْرِكُ أَنَّ المُسْلِمَ أَمَّنَهُ، وَأَنْكَرَ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ:

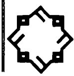
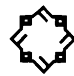
إِحْدَاهُمَا: الْقَوْلُ قَوْلُ المُسْلِمِ فِي إِنْكَارِ الْأَمَانِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْأَمَانِ.

وَالثَّانِيَةُ: الْقَوْلُ قَوْلُ المُشْرِكِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الدِّمَاءِ الحَظْرُ إِلَّا بِيَقِينِ الْإِبَاحَةِ، وَقَدْ وَقَعَ الشَّكُّ هُنَا فِيهَا.

وَفِيهِ رِوَايَةٌ ثَالِثَةٌ: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ مَنْ يَدُلُّ الحَالُ عَلَى صِدْقِهِ مِنْهُمَا تَرْجِيحًا لِأَحَدِ الْأَصْلَيْنِ بِالظَّاهِرِ المُوَافِقِ لَهُ، وَقَرِيبٌ مِنْ هَذِهِ المَسْأَلَةِ إِذَا دَخَلَ الحَرْبِيُّ دَارَ الْإِسْلَامِ وَادَّعَى أَنَّ بَعْضَ المُسْلِمِينَ عَقَدَ لَهُ أَمَانًا، فَهَلْ يُقْبَلُ قَوْلُهُ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ ذَكَرَهُمَا صَاحِبُ المُغْنِي، وَنَصَّ أَحْمَدُ أَنَّهُ إِذَا ادَّعَى أَنَّهُ جَاءَ مُسْتَأْمَنًا فَإِنْ كَانَ مَعَهُ سِلَاحٌ لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ، وَإِلَّا قُبِلَ، فَيُخَرَّجُ هَاهُنَا مِثْلُهُ.



الْقَاعِدَةُ التَّاسِعَةُ وَالْخَمْسُونَ بَعْدَ الْمِائَةِ



إِذَا تَعَارَضَ الْأَصْلُ وَالظَّاهِرُ، فَإِنْ كَانَ الظَّاهِرُ حُجَّةً يَجِبُ قَبُولُهَا شَرْعًا كَالشَّهَادَةِ وَالرِّوَايَةِ وَالْإِخْبَارِ، فَهُوَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْأَصْلِ بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ، بَلْ كَانَ مُسْتَنَدُهُ الْعُرْفَ أَوِ الْعَادَةَ الْغَالِبَةَ أَوِ الْقَرَائِنَ أَوْ غَلَبَةَ الظَّنِّ وَنَحْوَ ذَلِكَ، فَتَارَةً يُعْمَلُ بِالْأَصْلِ وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى الظَّاهِرِ، وَتَارَةً يُعْمَلُ بِالظَّاهِرِ وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى الْأَصْلِ، وَتَارَةً يُخَرَّجُ فِي الْمَسْأَلَةِ خِلَافٌ، فَهَذِهِ أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ:

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: مَا تُرِكَ الْعَمَلُ فِيهِ بِالْأَصْلِ لِلْحُجَّةِ الشَّرْعِيَّةِ، وَهِيَ قَوْلُ مَنْ يَجِبُ الْعَمَلُ بِقَوْلِهِ، وَلَهُ صُوَرٌ كَثِيرَةٌ جِدًّا:

مِنْهَا: شَهَادَةُ عَدْلَيْنِ بِشَغْلِ ذِمَّةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ.

وَمِنْهَا: شَهَادَةُ عَدْلَيْنِ بِبَرَاءَةِ ذِمَّةِ مَنْ عُلِمَ اشْتِغَالُ ذِمَّتِهِ بِدَيْنٍ وَنَحْوِهِ.

وَمِنْهَا: إِخْبَارُ الثِّقَةِ الْعَدْلِ بِأَنَّ كَلْبًا وَلَغَ فِي هَذِهِ الْإِنَاءِ.

وَمِنْهَا: إِخْبَارُهُ بِدُخُولِ وَقْتِ الصَّلَاةِ.

وَمِنْهَا: شَهَادَةُ الْوَاحِدِ الْعَدْلِ بِرُؤْيَةِ هِلَالِ رَمَضَانَ، فَإِنَّهُ مَقْبُولٌ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ.

وَفِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى: لَا بُدَّ مِنْ شَهَادَةِ عَدْلَيْنِ كَسَائِرِ الشُّهُودِ.

وَفَرَّقَ أَبُو بَكْرٍ بَيْنَ أَنْ يَرَاهُ فِي المِصْرِ فَلَا يُقْبَلُ، وَبَيْنَ أَنْ يَرَاهُ خَارِجَ المِصْرِ فَيَقْدَمَ المِصْرَ فَيُقْبَلُ خَبَرُهُ.

وَمِنْهَا: إِخْبَارُ الثِّقَةِ بِطُلُوعِ الْفَجْرِ فِي رَمَضَانَ، فَإِنَّهُ يُحَرِّمُ الطَّعَامَ وَالشَّرَابَ وَالجِمَاعَ.

وَمِنْهَا: إِخْبَارُهُ بِغُرُوبِ الشَّمْسِ فِي رَمَضَانَ، فَإِنَّهُ يُبِيحُ الْفِطْرَ؛ صَرَّحَ بِهِ الْأَصْحَابُ، وَلَمْ يَجْعَلُوهُ كَالشَّهَادَةِ عَلَى هِلَالِ شَوَّالٍ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ وَقْتَ الْفِطْرِ مُلَازِمٌ لِوَقْتِ صَلَاةِ المَغْرِبِ، فَإِذَا ثَبَتَ دُخُولُ وَقْتِ الصَّلَاةِ بِإِخْبَارِ الثِّقَةِ ثَبَتَ دُخُولُ وَقْتِ الْإِفْطَارِ تَبَعًا لَهُ، وَقَدْ يَثْبُتُ تَبَعًا مَا لَا يَثْبُتُ اسْتِقْلَالًا، بِخِلَافِ الشَّهَادَةِ بِهِلَالِ شَوَّالٍ.

وَالثَّانِي: أَنَّ إِخْبَارَ الثِّقَةِ هُنَا يُقَارِنُهُ أَمَارَاتٌ تَشْهَدُ بِصِدْقِهِ؛ لِأَنَّ وَقْتَ الْغُرُوبِ يَتَمَيَّزُ بِنَفْسِهِ، وَعَلَيْهِ أَمَارَاتٌ تُورِثُ غَلَبَةَ الظَّنِّ، فَإِذَا انْضَمَّ إِلَيْهَا إِخْبَارُ الثِّقَةِ قَوِيَ الظَّنُّ، وَرُبَمَا أَفَادَ الْعِلْمَ، بِخِلَافِ هِلَالِ الْفِطْرِ فَإِنَّهُ لَا أَمَارَةَ عَلَيْهِ.

وَفِي صَحِيحِ ابْنِ حِبَّانَ مِنْ حَدِيثِ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ قَالَ: «كَانَ النَّبِيُّ ﷺ إِذَا كَانَ صَائِمًا أَمَرَ رَجُلًا فَأَوْفَى عَلَى شَيْءٍ، فَإِذَا قَالَ: قَدْ غَابَتِ الشَّمْسُ أَفْطَرَ»[1].

وَصَحَّ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ كَانَ يَضَعُ طَعَامَهُ عِنْدَ الْفِطْرِ فِي رَمَضَانَ، وَيَبْعَثُ مُرْتَقِبًا يَرْقُبُ الشَّمْسَ، فَإِذَا قَالَ: قَدْ وَجَبَتْ، قَالَ: كُلُوا[2].

---

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه (الإحسان ٨/ ٢٧٨، رقم ٣٥١٠).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٤/ ٢٢٧، رقم ٧٥٩٧).

وَمِنْ ذَلِكَ: قَبُولُهُ قَوْلَ الْأُمَنَاءِ وَنَحْوِهِمْ مِمَّنْ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي تَلَفِ مَالٍ أَوْ ثَمَنٍ عَلَيْهِ مِنْ مَالٍ أَوْ غَيْرِهِ.

وَمِنْهُ أَيْضًا: قَبُولُ قَوْلِ الْمُعْتَدَّةِ فِي انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا بِالْأَقْرَاءِ، وَلَوْ فِي شَهْرٍ؛ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَالْمَنْصُوصُ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ إِلَّا بِالْبَيِّنَةِ فِي الشَّهْرِ.

وَفَرَّقَ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ بَيْنَ مَنْ لَهَا عَادَةٌ مُنْتَظِمَةٌ، فَلَا يُقْبَلُ مُخَالَفَتُهَا إِلَّا بِبَيِّنَةٍ، بِخِلَافِ مَنْ لَا عَادَةَ لَهَا.

وَفِي الْفُنُونِ لِابْنِ عَقِيلٍ: لَا يُقْبَلُ مَعَ فَسَادِ النِّسَاءِ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ تَشْهَدُ أَنَّ هَذِهِ عَادَتُهَا، أَوْ أَنَّهَا رَأَتِ الْحَيْضَ عَلَى هَذَا الْمِقْدَارِ، وَتَكَرَّرَ ثَلَاثًا.

الْقِسْمُ الثَّانِي: مَا عُمِلَ بِالْأَصْلِ وَلَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى الْقَرَائِنِ الظَّاهِرَةِ وَنَحْوِهَا، وَلَهُ صُوَرٌ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: إِذَا ادَّعَتِ الزَّوْجَةُ بَعْدَ طُولِ مُقَامِهَا مَعَ الزَّوْجِ أَنَّهُ لَمْ يُوصِلْهَا النَّفَقَةَ الْوَاجِبَةَ وَلَا الْكِسْوَةَ.

فَقَالَ الْأَصْحَابُ: الْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مَعَهَا، مَعَ أَنَّ الْعَادَةَ تُبْعِدُ ذَلِكَ جِدًّا، وَاخْتَارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ الرُّجُوعَ إِلَى الْعَادَةِ، وَخَرَّجَهُ وَجْهًا مِنَ الْمَسَائِلِ الْمُخْتَلَفِ فِيهَا، كَمَا سَيَأْتِي ذِكْرُهَا إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

قَالَ: وَإِذَا وُجِدَ مَعَهَا نَظِيرُ الصَّدَاقِ أَوِ الْكِسْوَةِ، وَلَمْ يُعْلَمْ لَهَا سَبَبٌ يُمْلَكُ ذَلِكَ بِهِ مِنْ غَيْرِ الزَّوْجِ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُخَرَّجَ عَلَى وَجْهَيْنِ، كَمَا إِذَا أَصْدَقَهَا تَعْلِيمَ سُورَةٍ ثُمَّ وُجِدَتْ مُتَعَلِّمَةً لَهَا بَعْدَ مُدَّةٍ وَقَالَتْ: لَمْ يُعَلِّمْنِي الزَّوْجُ، وَادَّعَى هُوَ أَنَّهُ عَلَّمَهَا، فَإِنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا تَيَقَّنَ الطَّهَارَةَ أَوِ النَّجَاسَةَ فِي مَاءٍ أَوْ ثَوْبٍ أَوْ أَرْضٍ أَوْ بَدَنٍ، وَشَكَّ فِي زَوَالِـهَا، فَإِنَّهُ يَبْنِي عَلَى الْأَصْلِ إِلَى أَنْ يَتَيَقَّنَ زَوَالَهُ، وَلَا يَكْتَفِي فِي ذَلِكَ بِغَلَبَةِ الظَّنِّ وَلَا غَيْرِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ تَيَقَّنَ حَدَثًا أَوْ نَجَاسَةً وَغَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ زَوَالُـهَا، فَإِنَّهُ يَبْنِي عَلَى الْأَصْلِ، وَكَذَلِكَ فِي النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَغَيْرِهِمَا.

وَمِنْهَا: إِذَا شَكَّ فِي طُلُوعِ الْفَجْرِ فِي رَمَضَانَ، فَإِنَّهُ يُبَاحُ لَهُ الْأَكْلُ حَتَّى يَتَيَقَّنَ طُلُوعَهُ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ، وَلَا عِبْرَةَ فِي ذَلِكَ بِغَلَبَةِ الظَّنِّ وَبِالْقَرَائِنِ وَنَحْوِهَا، مَا لَـمْ يَكُنْ مُسْتَنِدًا إِلَى إِخْبَارِ ثِقَةٍ بِالطُّلُوعِ.

وَمِنْهَا: إِذَا زَنَى مَنْ لَهُ زَوْجَةٌ وَوَلَدٌ، فَأَنْكَرَ أَنْ يَكُونَ وَطِئَ زَوْجَتَهُ، قَالَ أَصْحَابُنَا: لَا يُرْجَمُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْوَطْءِ، وَلُحُوقُ النَّسَبِ يَثْبُتُ بِمُجَرَّدِ الْإِمْكَانِ وَوُجُودِ الْقَرَائِنِ.

الْقِسْمُ الثَّالِثُ: مَا عُمِلَ فِيهِ بِالظَّاهِرِ، وَلَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى الْأَصْلِ، وَلَهُ صُوَرٌ:

مِنْهَا: إِذَا شَكَّ بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنَ الصَّلَاةِ أَوْ غَيْرِهَا مِنَ الْعِبَادَاتِ فِي تَرْكِ رُكْنٍ مِنْهَا، فَإِنَّهُ لَا يَلْتَفِتُ إِلَى الشَّكِّ، وَإِنْ كَانَ الْأَصْلُ عَدَمَ الْإِتْيَانِ بِهِ وَعَدَمَ بَرَاءَةِ الذِّمَّةِ، لَكِنَّ الظَّاهِرَ مِنْ أَفْعَالِ الْمُكَلَّفِينَ لِلْعِبَادَاتِ أَنْ تَقَعَ عَلَى وَجْهِ الْكَمَالِ، فَيَرْجِعُ هَذَا الظَّاهِرُ عَلَى الْأَصْلِ.

وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الْوُضُوءِ وَغَيْرِهِ؛ عَلَى الْمَنْصُوصِ عَنْ أَحْمَدَ، وَفِي الْوُضُوءِ وَجْهٌ أَنَّ الشَّكَّ فِي تَرْكِ بَعْضِهِ بَعْدَ الْفَرَاغِ كَالشَّكِّ فِي ذَلِكَ قَبْلَ الْفَرَاغِ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ بَاقٍ بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنْهُ، بِخِلَافِ الصَّلَاةِ وَغَيْرِهَا.

وَمِنْهَا: لَـوْ صَلَّى ثُـمَّ رَأَى عَلَيْهِ نَجَاسَةً، وَشَكَّ هَـلْ لَحِقَتْهُ قَبْلَ الصَّلَاةِ

أَوْ بَعْدَهَا، وَأَمْكَنَ الْأَمْرَانِ، فَالصَّلَاةُ صَحِيحَةٌ، وَإِنْ كَانَ الْأَصْلُ عَدَمَ انْعِقَادِ الصَّلَاةِ وَبَقَاءَهَا فِي الذِّمَّةِ حَتَّى يَتَيَقَّنَ صِحَّتَهَا، لَكِنْ حُكِمَ بِالصِّحَّةِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ صِحَّةُ أَعْمَالِ الْمُكَلَّفِ وَجَرَيَانُهَا عَلَى الْكَمَالِ، وَعَضَّدَ ذَلِكَ أَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ مُقَارَنَةِ الصَّلَاةِ لِلنَّجَاسَةِ، وَتُرْجِعُ الْمَسْأَلَةُ حِينَئِذٍ إِلَى تَعَارُضِ أَصْلَيْنِ رُجِّحَ أَحَدُهُمَا بِظَاهِرٍ عَضَّدَهُ.

وَمِنْهَا: إِذَا اخْتَلَفَ الْجِنْسَانِ بَعْدَ الْعَقْدِ فِي بَعْضِ شَرَائِطِ صِحَّةِ الْعَقْدِ، كَمَا إِذَا ادَّعَى الْبَائِعُ أَنَّهُ كَانَ صَبِيًّا أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ، وَأَنْكَرَ الْمُشْتَرِي، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْمَذْهَبِ، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي صُورَةِ دَعْوَى الصَّغِيرِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ وُقُوعُ الْعُقُودِ عَلَى وَجْهِ الصِّحَّةِ دُونَ الْفَسَادِ، وَإِنْ كَانَ الْأَصْلُ عَدَمَ الْبُلُوغِ وَالْإِذْنِ.

وَذَكَرَ الْأَصْحَابُ وَجْهًا آخَرَ فِي دَعْوَى الصَّغِيرِ أَنَّهُ يُقْبَلُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ تَكْلِيفُهُ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ، بِخِلَافِ دَعْوَى عَدَمِ الْإِذْنِ مِنْ مُكَلَّفٍ، فَإِنَّ الْمُكَلَّفَ لَا يَتَعَاطَى فِي الظَّاهِرِ إِلَّا الصَّحِيحَ.

قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: وَهَكَذَا يَجِيءُ فِي الْإِقْرَارِ وَسَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ إِذَا اخْتَلَفَا هَلْ وَقَعَتْ بَعْدَ الْبُلُوغِ أَوْ قَبْلَهُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْعُقُودِ الصِّحَّةُ، فَإِمَّا أَنْ يُقَالَ: هَذَا عَامٌّ، وَإِمَّا أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَ أَنْ يَتَيَقَّنَ أَنَّهُ وَقْتُ التَّصَرُّفِ كَانَ مَشْكُوكًا فِيهِ غَيْرَ مَحْكُومٍ بِبُلُوغِهِ أَوْ لَا يَتَيَقَّنَ.

فَأَمَّا مَعَ تَيَقُّنِ الشَّكِّ قَدْ تَيَقَّنَّا صُدُورَ التَّصَرُّفِ مِمَّنْ لَمْ تَثْبُتْ أَهْلِيَّتُهُ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهَا، فَقَدْ شَكَكْنَا فِي شَرْطِ الصِّحَّةِ، وَذَلِكَ مَانِعٌ مِنَ الصِّحَّةِ، وَأَمَّا فِي الْحَالَةِ

الْأُخْرَى فَإِنَّهُ يَجُوزُ صُدُورُهُ فِي حَالِ الْأَهْلِيَّةِ وَحَالِ عَدَمِهَا، وَالظَّاهِرُ صُدُورُهُ وَقْتَ الْأَهْلِيَّةِ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ قَبْلَ وَقْتِهَا، فَالْأَهْلِيَّةُ هُنَا مُتَيَقَّنٌ وُجُودُهَا.

ثُمَّ ذَكَرَ أَنَّ مَنْ لَمْ يُقِرَّ بِالْبُلُوغِ حَتَّى تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ، مِثْلُ إِسْلَامِهِ بِإِسْلَامِ أَبِيهِ، أَوْ ثُبُوتِ الذِّمَّةِ لَهُ تَبَعًا لِأَبِيهِ، أَوْ بَعْدَ تَصَرُّفِ الْوَلِيِّ لَهُ، أَوْ تَزْوِيجِ وَلِيٍّ أَبْعَدَ مِنْهُ لِمَوَلِّيَتِهِ، فَهَلْ يُقْبَلُ مِنْهُ دَعْوَى الْبُلُوغِ حِينَئِذٍ أَمْ لَا؛ لِثُبُوتِ هَذِهِ الْأَحْكَامِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِهِ فِي الظَّاهِرِ قَبْلَ دَعْوَاهُ؟

وَأَشَارَ إِلَى تَخْرِيجِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِيمَا إِذَا ارْتَجَعَ الرَّجْعِيَّةَ زَوْجُهَا، فَقَالَتْ: قَدِ انْقَضَتْ عِدَّتِي، وَشَبَّهَهُ أَيْضًا بِمَا إِذَا ادَّعَى الْمَجْهُولُ الْمَحْكُومُ بِإِسْلَامِهِ ظَاهِرًا كَاللَّقِيطِ الْمُقِرِّ بَعْدَ الْبُلُوغِ فَإِنَّهُ لَا تُسْمَعُ مِنْهُ عَلَى الصَّحِيحِ.

وَكَذَا لَوْ تَصَرَّفَ الْمَحْكُومُ بِحُرِّيَّتِهِ ظَاهِرًا كَاللَّقِيطِ، ثُمَّ ادَّعَى الرِّقَّ، فَفِي قَبُولِهِ خِلَافٌ مَعْرُوفٌ.

وَمِنْهَا: إِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ دُخُولُ وَقْتِ الصَّلَاةِ، فَإِنَّهُ تَصِحُّ صَلَاتُهُ، وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَتَيَقَّنَ دُخُولَهُ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، وَحُكِيَ عَنِ ابْنِ حَامِدٍ أَنْ يُعْتَبَرَ التَّيَقُّنُ.

وَمِنْهَا: الْفِطْرُ فِي الصِّيَامِ يَجُوزُ بِغَلَبَةِ ظَنِّ غُرُوبِ الشَّمْسِ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ.

وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ: لَا يَجُوزُ الْفِطْرُ إِلَّا مَعَ تَيَقُّنِ الْغُرُوبِ، وَبِهِ جَزَمَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لِأَنَّ الْوَقْتَ عَلَيْهِ أَمَارَاتٌ تُعْرَفُ بِهَا، فَاكْتُفِيَ فِيهَا بِالظَّنِّ الْغَالِبِ، بِخِلَافِ مَا لَا أَمَارَةَ عَلَيْهِ مِنْ إِتْمَامِ الصَّلَاةِ وَالطَّهَارَةِ وَالْحَدَثِ وَنَحْوِهَا.

وَأَيْضًا فَالصَّلَاةُ وَالطَّهَارَةُ وَنَحْوُهُمَا كُلٌّ مِنْهُمَا عِبَادَةٌ فِعْلِيَّة مَطْلُوبَةُ الْوُجُودِ، إِذَا شَكَّ فِي فِعْلِ شَيْءٍ مِنْهَا فَالْأَصْلُ عَدَمُهُ، فَلَا يُخْرَجُ مِنْ عُهْدَتِهِ إِلَّا بِيَقِينٍ، وَالصَّوْمُ عِبَادَةٌ وَكَفٌّ عَنْ مَحْظُورَاتٍ خَاصَّةٍ، فَمَتَى لَمْ يَتَيَقَّنْ وُقُوعَ مَحْظُورَاتِهَا فِي وَقْتِهَا لَمْ يُحْكَمْ بِبُطْلَانِهَا، وَإِنَّمَا مُنِعَ مِنَ الْخُرُوجِ مِنْهَا بِمُجَرَّدِ الشَّكِّ الْمُسَاوِي؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الصَّوْمِ، وَلَمْ يَتَرَجَّحْ ظَنٌّ يُعَارِضُهُ، فَإِذَا تَرَجَّحَ الظَّنُّ عُمِلَ بِهِ، وَلَمْ يُحْكَمْ بِبُطْلَانِهِ بِوُقُوعِ مَحْظُورَاتِهِ حِينَئِذٍ، لَا سِيَّمَا وَفِعْلُ مَحْظُورَاتِهِ مَعَ تَرْجِيحِ ظَنِّ انْقِضَائِهِ مَطْلُوبٌ شَرْعًا عَلَى الْأَظْهَرِ، وَلِهَذَا جَازَ الْأَكْلُ أَوِ اسْتُحِبَّ مَعَ ظَنِّ طُلُوعِ الْفَجْرِ حَتَّى يَتَيَقَّنَ طُلُوعَهُ، كَمَا سَبَقَ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ وَقْتِ الصَّلَاةِ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الصَّلَاةَ يَجُوزُ فِعْلُهَا مَعَ غَلَبَةِ ظَنِّ دُخُولِ وَقْتِهَا، وَلَا يَجِبُ، وَكَذَلِكَ الصِّيَامُ يَجُوزُ الْإِمْسَاكُ بِنِيَّةِ الصَّوْمِ مَعَ غَلَبَةِ ظَنٍّ، وَلَا يَجِبُ، فَهُمَا سَوَاءٌ.

وَالثَّانِي: أَنَّ الصَّلَاةَ عِبَادَةٌ فِعْلِيَّةٌ لَا تَسْتَغْرِقُ مَجْمُوعَ وَقْتِهَا، بَلْ تُفْعَلُ فِي جُزْءٍ مِنْهُ، فَإِذَا فُعِلَتْ فِي زَمَنٍ يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّهُ مِنْ وَقْتِهَا كَفَى، وَالصَّوْمُ عِبَادَةٌ تَسْتَغْرِقُ زَمَنَهَا، وَهِيَ مِنْ بَابِ الْكَفِّ وَالتَّرْكِ، لَا مِنْ بَابِ الْأَعْمَالِ، فَيَكْفِي اشْتِرَاطُ الْكَفِّ عَنْ مَحْظُورَاتِهَا فِي زَمَانِهَا الْمُحَقَّقِ دُونَ الْمَشْكُوكِ فِيهِ، وَلَا تَبْطُلُ بِفِعْلِ شَيْءٍ مِنْ مَحْظُورَاتِهَا فِي زَمَنٍ لَا يَتَحَقَّقُ أَنَّهُ وَقْتُ الصِّيَامِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَصْلُ بَقَاءَ وَقْتِ الصِّيَامِ، وَلَمْ يَغْلِبْ عَلَى الظَّنِّ خُرُوجُهُ، فَلَا يُبَاحُ حِينَئِذٍ الْإِقْدَامُ عَلَى الْإِفْطَارِ، وَلَا تَبْرَأُ الذِّمَّةُ بِمُجَرَّدِ ذَلِكَ، وَهَذَا كَمَا قُلْنَا فِيمَنْ صَلَّى ثُمَّ رَأَى عَلَيْهِ نَجَاسَةً يُمْكِنُ أَنَّهَا لَحِقَتْهُ بَعْدَ الصَّلَاةِ سَوَاءً.

وَمِنْهَا: أَنَّ الْمُسْتَحَاضَةَ الْمُعْتَادَةَ تَرْجِعُ إِلَى عَادَتِهَا، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَـهَا عَادَةٌ فَإِلَى تَمْيِيزِهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَـهَا عَادَةٌ وَتَمْيِيزٌ رَجعَتْ إِلَى غَالِبِ عَادَاتِ النِّسَاءِ، وَهِيَ سِتٌّ أَوْ سَبْعٌ؛ عَلَى الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مُسَاوَاتُهَا لَهُنَّ، وَإِنْ كَانَ الْأَصْلُ عَدَمَ فَرَاغِ حَيْضِهَا حِينَئِذٍ.

وَمِنْهَا: امْرَأَةُ الْمَفْقُودِ تَتَزَوَّجُ بَعْدَ انْتِظَارِ أَرْبَعِ سِنِينَ، وَيُقَسَّمُ مَالُهُ حِينَئِذٍ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَوْتُهُ، وَإِنْ كَانَ الْأَصْلُ بَقَاءَهُ، لَكِنْ هَلْ يَثْبُتُ لَهُ أَحْكَامُ الْمَعْدُومِ مِنْ حِينِ فَقْدِهِ أَوْ لَا يَثْبُتُ إِلَّا مِنْ حِينِ إِبَاحَةِ أَزْوَاجِهِ وَقِسْمَةِ مَالِهِ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، يَنْبَنِي عَلَيْهِمَا لَوْ مَاتَ لَهُ فِي مُدَّةِ انْتِظَارِهِ مَنْ يَرِثُهُ، فَهَلْ يُحْكَمُ بِتَوْرِيثِهِ مِنْهُ أَمْ لَا؟

وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّهُ يُزَكِّي مَالَهُ بَعْدَ مُدَّةِ انْتِظَارِهِ، مُعَلِّلًا بِأَنَّهُ مَاتَ وَعَلَيْهِ زَكَاةٌ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُحْكَمُ لَهُ بِأَحْكَامِ الْمَوْتَى إِلَّا بَعْدَ مُدَّةٍ، وَهُوَ الْأَظْهَرُ، وَيَلْتَحِقُ بِهَذَا أَنَّ امْرَأَةَ الْمَفْقُودِ بَعْدَ مُدَّةِ انْتِظَارِهَا تَعْتَدُّ لِلْوَفَاةِ، ثُمَّ تُبَاحُ لِلْأَزْوَاجِ، فَهَلْ تَجِبُ لَـهَا النَّفَقَةُ مِنْ مَالِهِ فِي مُدَّةِ الْعِدَّةِ كَمَا فِي مُدَّةِ الِانْتِظَارِ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَجِبُ، وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ ابْنُ الزَّاغُونِيِّ فِي الْإِقْنَاعِ.

وَقَالَ أَبُو الْبَرَكَاتِ فِي الشَّرْحِ: هُوَ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ عِنْدِي؛ لِأَنَّهُ حُكِمَ بِوَفَاتِهِ بَعْدَ مُدَّةِ الِانْتِظَارِ، فَصَارَتْ مُعْتَدَّةً لِلْوَفَاةِ.

وَالثَّانِي: يَجِبُ لَـهَا النَّفَقَةُ، قَالَهُ الْقَاضِي؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ لَا تَسْقُطُ إِلَّا بِيَقِينِ الْمَوْتِ وَلَمْ تُوجَدْ هَاهُنَا، وَكَذَا ذَكَرَ صَاحِبُ الْمُغْنِي، وَزَادَ أَنَّ نَفَقَتَهَا لَا تَسْقُطُ بَعْدَ

الْعِدَّةِ أَيْضًا؛ لِأَنَّهَا بَاقِيَةٌ عَلَى نِكَاحِهِ مَا لَمْ تَتَزَوَّجْ أَوْ يُفَرِّق الحَاكِمُ بَيْنَهُمَا.

وَمِنْهَا: أَنَّ النَّوْمَ الْمُسْتَثْقَلَ يَنْقُضُ الْوُضُوءَ؛ لِأَنَّهُ مَظِنَّةُ خُرُوجِ الحَدَثِ، وَإِنْ كَانَ الْأَصْلُ عَدَمَ خُرُوجِهِ وَبَقَاءَ الطَّهَارَةِ.

وَحَكَى ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي شَرْحِ الخِرَقِيِّ وَجْهًا آخَرَ: أَنَّ النَّوْمَ نَفْسَهُ حَدَثٌ، لَكِنْ يُعْفَى عَنْ يَسِيرِهِ؛ كَالدَّمِ وَنَحْوِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا زَنَا مَنْ نَشَأَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، وَادَّعَى الجَهْلَ بِتَحْرِيمِ الزِّنَا لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ يُكَذِّبُهُ، وَإِنْ كَانَ الْأَصْلُ عَدَمَ عِلْمِهِ بِذَلِكَ.

وَمِنْهَا: إِذَا ادَّعَتِ الْمُعْتَقَةُ تَحْتَ عَبْدٍ الجَهْلَ بِالْعِتْقِ، أَوْ بِثُبُوتِ الخِيَارِ، وَمِثْلُهَا لَا يَجْهَلُ ذَلِكَ، فَإِنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهَا.

وَمِنْهَا: إِذَا زَوَّجَ الْمَوْلَى امْرَأَةً يُعْتَبَرُ إِذْنُهَا لِصِحَّةِ الْعَقْدِ، ثُمَّ أَنْكَرَتِ الْإِذْنَ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهَا؛ لِأَنَّ تَمْكِينَهَا يُكَذِّبُهَا، وَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ فَإِنْ كَانَ إِذْنُهَا السُّكُوتَ وَادَّعَتْ أَنَّ سُكُوتَهَا كَانَ حَيَاءً، لَا رِضًا، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهَا، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْأَثْرَمِ؛ لِأَنَّ السُّكُوتَ فِي حُكْمِ الشَّارِعِ إِقْرَارٌ بِهِ وَرِضًا، فَلَا يُسْمَعُ دَعْوَى خِلَافِهِ.

وَإِنِ ادَّعَتْ أَنَّهَا رَدَّتْ، أَوْ كَانَ إِذْنُهَا النُّطْقَ فَأَنْكَرَتْهُ، فَقَالَ الْقَاضِي: الْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مَعَهَا، وَلَمْ يُوجَدْ ظَاهِرٌ يُخَالِفُهُ.

وَمِنْهَا: لَوِ ادَّعَتِ امْرَأَةٌ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا فِي يَوْمٍ مُعَيَّنٍ بِمَهْرٍ مُسَمًّى، وَشَهِدَ بِهِ شَاهِدَانِ، ثُمَّ ادَّعَتْ عَلَيْهِ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا فِي يَوْمٍ آخَرَ مُعَيَّنٍ بِمَهْرٍ مُسَمًّى،

وَشَهِدَ بِهِ شَاهِدَانِ ثُمَّ اخْتَلَفَا، فَقَالَتِ المَرْأَةُ: هُمَا نِكَاحَانِ وَلِي المَهْرَانِ، وَقَالَ الزَّوْجُ: بَلْ نِكَاحٌ وَاحِدٌ تَكَرَّرَ عَقْدُهُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجَةِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَعَهَا.

وَكَذَا لَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ بَاعَهُ هَذَا الثَّوْبَ فِي يَوْمِ كَذَا بِثَمَنٍ كَذَا، وَشَهِدَتْ بَيِّنَةٌ أُخْرَى أَنَّهُ بَاعَهُ مِنْهُ فِي يَوْمٍ آخَرَ بِثَمَنٍ، فَقَالَ الْمُشْتَرِي: هُوَ عَقْدٌ وَاحِدٌ كَرَّرْنَاهُ. وَقَالَ الْبَائِعُ: بَلْ هُوَ عَقْدَانِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَعَهُ، ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ وَالْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ.

وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْفُرْقَةِ بَيْنَهُمَا، وَالْأَصْلَ بَرَاءَتُهُ مِنَ المَهْرِ الثَّانِي.

الْقِسْمُ الرَّابِعُ: مَا خُرِّجَ فِيهِ خِلَافٌ فِي تَرْجِيحِ الظَّاهِرِ عَلَى الْأَصْلِ وَبِالْعَكْسِ، وَيَكُونُ ذَلِكَ غَالِبًا عِنْدَ تَقَاوُمِ الظَّاهِرِ، وَالْأَصْلُ تَسَاوِيهِمَا، وَلَهُ صُوَرٌ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: إِذَا سُخِّنَ المَاءُ بِنَجَاسَةٍ، وَغَلَبَ عَلَى الظَّنِّ وُصُولُ الدُّخَانِ إِلَيْهِ، فَفِي كَرَاهَتِهِ وَجْهَانِ، أَشْهَرُهُمَا أَنَّهُ يُكْرَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَدْخَلَ الْكَلْبُ رَأْسَهُ فِي إِنَاءٍ فِيهِ مَاءٌ، وَشَكَّ هَلْ وَلَغَ فِيهِ أَمْ لَا، وَكَانَ فَمُهُ رَطْبًا، فَهَلْ يُحْكَمُ بِنَجَاسَةِ المَاءِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ وُلُوغُهُ، أَمْ بِطَهَارَتِهِ؛ لِأَنَّهَا الْأَصْلُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ذَكَرَهُمَا الْأَزَجِيُّ.

وَمِنْهَا: إِذَا وَقَعَ فِي مَاءٍ يَسِيرٍ مَا لَا نَفْسَ لَهُ سَائِلَة، وَشَكَّ هَلْ هُوَ مُتَوَلِّدٌ مِنَ النَّجَاسَةِ أَمْ لَا، وَكَانَ هُنَاكَ بِئْرٌ وَحُشٌّ[1]، فَإِنْ كَانَ إِلَى الْبِئْرِ أَقْرَب، أَوْ هُوَ بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ، فَهُوَ طَاهِرٌ، وَإِنْ كَانَ إِلَى الحُشِّ أَقْرَبَ فَوَجْهَانِ:

---

(١) الحش: موضع الغائط.

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ نَجِسٌ، وَالْآخَرُ أَنَّهُ طَاهِرٌ مَا لَمْ يُعَايِنْ خُرُوجَهُ مِنَ الْحُشِّ، نَقَلَ ذَلِكَ صَاحِبُ الْمُبْهَمِ عَنْ شَيْخِهِ ابْنِ تَمِيمٍ.

وَمِنْهَا: طِينُ الشَّوَارِعِ، وَفِيهِ رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنَّهُ طَاهِرٌ، وَنَصَّ عَلَيْهِ فِي مَوَاضِعَ، وَجَعَلَهُ أَبُو الْبَرَكَاتِ فِي شَرْحِهِ الْمَذْهَبَ؛ تَرْجِيحًا لِلْأَصْلِ، وَهُوَ الطَّهَارَةُ فِي الْأَعْيَانِ كُلِّهَا.

وَالثَّانِيَةُ: أَنَّهُ نَجِسٌ؛ تَرْجِيحًا لِلظَّاهِرِ، وَجَعَلَهُ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ الْمَذْهَبَ، حَتَّى حَكَى عَنْ ظَاهِرِ كَلَامِ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ لَا يُعْفَى عَنْ يَسِيرِهِ، وَأَبْدَى احْتِمَالًا بِالْعَفْوِ عَنْهُ لِمَشَقَّةِ الِاحْتِرَازِ، وَحَكَى عَنِ ابْنِ عَقِيلٍ الْعَفْوَ عَنْ يَسِيرِهِ إِلَّا مَا تَحَقَّقَ نَجَاسَتُهُ مِنَ الْأَرْضِ فَلَا يُعْفَى عَنْهُ.

وَذَكَرَ صَاحِبُ الْمُبْهَمِ عَنِ ابْنِ تَمِيمٍ أَنَّهُ قَالَ: إِذَا كَانَ الشِّتَاءُ وَلَمْ يَتَعَيَّنْ مَوْضِعُ النَّجَاسَةِ، فَفِي نَجَاسَةِ الْأَرْضِ رِوَايَتَانِ، فَإِذَا جَاءَ الصَّيْفُ حُكِمَ بِطَهَارَتِهَا، رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَلِلْمَسْأَلَةِ أُصُولٌ تَنْبَنِي عَلَيْهَا.

أَحَدُهَا: مَا ذَكَرْنَا مِنْ تَعَارُضِ الْأَصْلِ وَالظَّاهِرِ.

وَالثَّانِي: طَهَارَةُ الْأَرْضِ وَغُسَالَتِهَا بِمَاءِ الْمَطَرِ وَغَيْرِهِ إِذَا لَمْ يَبْقَ لِلنَّجَاسَةِ أَثَرٌ، سَوَاءٌ كَانَتِ النَّجَاسَةُ الَّتِي عَلَى الْأَرْضِ أَثَرًا أَوْ عَيْنًا، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ.

وَالثَّانِي: بِالِاسْتِحَالَةِ، وَفِي الْمَذْهَبِ خِلَافٌ يُبْنَى عَلَيْهِ طَهَارَةُ الطِّينِ إِذَا بَقِيَتْ فِيهِ عَيْنُ النَّجَاسَةِ، ثُمَّ اسْتُهْلِكَتْ فِيهِ حَتَّى ذَهَبَ أَثَرُهَا.

وَالثَّالِثُ: طَهَارَةُ الْأَرْضِ بِالْجَفَافِ وَالشَّمْسِ وَالرِّيحِ، وَقَدْ تَوَقَّفَ فِيهِ أَحْمَدُ،

وَذَهَبَ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ إِلَى عَدَمِ طَهَارَتِهَا بِذَلِكَ، وَخَالَفَهُمْ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فِي شَرْحِ الْهِدَايَةِ.

وَيُبْنَى عَلَى ذَلِكَ طَهَارَةُ الْأَرْضِ مَعَ مُشَاهَدَةِ النَّجَاسَاتِ فِيهَا، وَإِنْ لَمْ يُصِبْهَا الْمَاءُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَمِنْهَا: الْمَقْبَرَةُ الْمَشْكُوكُ فِي نَبْشِهَا إِذَا تَقَادَمَ عَهْدُهَا، هَلْ يُحْكَمُ بِنَجَاسَتِهَا؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ نَبْشُهَا، أَوْ بِطَهَارَتِهَا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُهُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: ثِيَابُ الْكُفَّارِ وَأَوَانِيهِمْ وَفِيهَا ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ عَنْ أَحْمَدَ:

إِحْدَاهَا: الْإِبَاحَةُ؛ تَرْجِيحًا لِلْأَصْلِ، وَهُوَ الطَّهَارَةُ.

وَالثَّانِيَةُ: الْكَرَاهِيَةُ لِخَشْيَةِ إِصَابَةِ النَّجَاسَةِ لَهَا؛ إِذْ هُوَ الظَّاهِرُ.

وَالثَّالِثَةُ: إِنْ قَوِيَ الظَّاهِرُ جِدًّا لَمْ يَجُزِ اسْتِعْمَالُهَا بِدُونِ غَسْلٍ، وَيَتَفَرَّعُ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنَّهُ يُمْنَعُ مِنِ اسْتِعْمَالِ مَا وَلِيَ عَوْرَتَهُمْ مِنَ الثِّيَابِ قَبْلَ غَسْلِهِ دُونَ مَا عَلَا مِنْهَا.

وَالثَّانِيَةُ: يُمْنَعُ مِنِ اسْتِعْمَالِ الْأَوَانِي وَالثِّيَابِ مُطْلَقًا مِمَّنْ يُحْكَمُ بِأَنَّ ذَبِيحَتَهُ مَيْتَةٌ؛ كَالْمُشْرِكِينَ وَالْمَجُوسِ دُونَ غَيْرِهِمْ.

وَقَالَ الْخِرَقِيُّ فِي شَرْحِهِ وَابْنُ أَبِي مُوسَى: لَا يَجُوزُ اسْتِعْمَالُ قُدُورِ النَّصَارَى لِاسْتِحْلَالِهِمُ الْخِنْزِيرَ.

وَزَادَ الْخِرَقِيُّ: وَلَا أَوَانِي طَبِيخِهِمْ دُونَ أَوْعِيَةِ الْمَاءِ وَنَحْوِهَا مِمَّا يَبْعُدُ إِصَابَتُهُ بِالنَّجَاسَةِ.

وَزَادَ ابْنُ أَبِي مُوسَى الْمَنْعَ مِنِ اسْتِعْمَالِ ثِيَابِ مَنْ لَا تَحِلُّ ذَبِيحَتُهُ؛ كَالْمَجُوسِ مُطْلَقًا، وَمَا سَفَلَ مِنْ ثِيَابِ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلَصِقَ بِأَبْدَانِهِمْ حَتَّى تُغْسَلَ.

وَمِنْهَا: ثِيَابُ الصِّبْيَانِ وَمَنْ لَا يَتَحَرَّزُ مِنَ النَّجَاسَةِ، وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ: الْكَرَاهَةُ، وَعَدَمُهَا، وَالْمَنْعُ حَتَّى تُغْسَلَ، وَهُوَ اخْتِيَارُ ابْنِ أَبِي مُوسَى.

وَمِنْهَا: إِذَا شَكَّ الْمُصَلِّي فِي عَدَدِ الرَّكَعَاتِ، وَفِيهِ ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ عَنْ أَحْمَدَ رَحِمَهُ اللهُ وَرَضِيَ عَنْهُ.

إِحْدَاهَا: أَنَّهُ يَبْنِي عَلَى الْأَقَلِّ، وَهُوَ الْمُتَيَقَّنُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الزِّيَادَةِ الْمَشْكُوكِ فِيهَا.

وَالثَّانِيَةُ: يَبْنِي عَلَى غَالِبِ ظَنِّهِ؛ لِلْحَدِيثِ الْوَارِدِ فِي ذَلِكَ[1].

وَالثَّالِثَةُ: إِنْ قَوِيَ الظَّنُّ بِإِقْرَارِ غَيْرِهِ لَهُ عَلَيْهِ بَنَى عَلَى غَالِبِ ظَنِّهِ، وَهُوَ الْإِمَامُ إِذَا أَقَرَّهُ الْمَأْمُومُونَ، وَإِنْ كَانَ مُنْفَرِدًا بَنَى عَلَى الْيَقِينِ، وَهِيَ الْمَشْهُورَةُ فِي الْمَذْهَبِ.

فَأَمَّا إِنْ سَبَّحَ لَهُ اثْنَانِ مِنَ الْمَأْمُومِينَ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ إِلَيْهِمَا مَا لَمْ يَتَيَقَّنْ صَوَابَ نَفْسِهِ عَلَى الرِّوَايَاتِ كُلِّهَا.

وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: إِنَّمَا يَرْجِعُ إِلَيْهِمَا إِذَا قُلْنَا: يَبْنِي عَلَى غَالِبِ ظَنِّهِ؛ لِأَنَّ تَنْبِيهَهُمَا إِنَّمَا يُفِيدُ غَلَبَةَ الظَّنِّ.

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب الصلاة، باب التوجه نحو القبلة حيث كان، رقم (٤٠١)، ومسلم: كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب السهو في الصلاة والسجود له، رقم (٥٧٢).

وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لِأَنَّ الرُّجُوعَ إِلَى قَوْلِهِمَا رُجُوعٌ إِلَى بَيِّنَةٍ شَرْعِيَّةٍ، فَيُتْرَكُ الْأَصْلُ لِأَجْلِهَا كَسَائِرِ الْبَيِّنَاتِ الشَّرْعِيَّةِ، بِخِلَافِ غَلَبَةِ الظَّنِّ الْمُجَرَّدَةِ إِذَا جَوَّزْنَا لَهُ الْعَمَلَ بِالظَّنِّ الْغَالِبِ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ تَرْكُ الْعَمَلِ بِالْيَقِينِ، وَصَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي كِتَابِ أَحْكَامِ الْقُرْآنِ وَغَيْرِهِ.

وَلَوْ شَهِدَ اثْنَانِ مِن الْمَأْمُومِينَ عَلَى الْإِمَامِ أَنَّهُ أَحْدَثَ فِي صَلَاتِهِ، وَأَنْكَرَ هُوَ وَبَقِيَّةُ الْمَأْمُومِينَ، أَعَادُوا الصَّلَاةَ كُلُّهُمْ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا، وَاحْتَجَّ بِخَبَرِ ذِي الْيَدَيْنِ[1].

وَمِنْهَا: إِذَا شَكَّ فِي عَدَدِ الطَّوَافِ، وَفِيهِ رِوَايَتَانِ: إِحْدَاهُمَا يَرْجِعُ إِلَى الْأَصْلِ وَهُوَ الْمُتَيَقَّنُ.

وَالثَّانِي: يَرْجِعُ إِلَى غَالِبِ ظَنِّهِ؛ كَالصَّلَاةِ، فَإِنْ أَخْبَرَهُ اثْنَانِ بِمَا طَافَ فَهَلْ يَرْجِعُ إِلَى قَوْلِهِمَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَالْمَنْصُوصُ أَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَيْهِمَا، وَكَذَا الْوَجْهَانِ لَوْ أَخْبَرَ الْمُصَلِّي مَنْ لَيْسَ مَعَهُ فِي الصَّلَاةِ، هَلْ يَرْجِعُ إِلَيْهِمَا أَمْ لَا؟

وَفِي الْمُغْنِي يَرْجِعُ الطَّائِفُ إِلَى خَبَرِ الثِّقَةِ الْوَاحِدِ الْعَدْلِ؛ لِأَنَّهُ خَبَرٌ دِينِيٌّ، فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّعَدُّدُ، وَإِنَّمَا اشْتَرَطْنَا الْعَدَدَ فِي الصَّلَاةِ لِخَبَرِ ذِي الْيَدَيْنِ، فَبَقِيَ مَا عَدَاهَا عَلَى الْأَصْلِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وُجِدَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ مَيِّتٌ مَجْهُولُ الدِّينِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ عَلَامَةُ الْإِسْلَامِ وَلَا الْكُفْرِ أَوْ تَعَارَضَ فِيهِ عَلَامَةُ الْإِسْلَامِ وَالْكُفْرِ صُلِّيَ عَلَيْهِ، نَصَّ عَلَيْهِ،

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب الأذان، باب: هل يأخذ الإمام إذا شك بقول الناس، رقم (٧١٤)، ومسلم: كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب السهو في الصلاة والسجود له، رقم (٥٧٣).

فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ الْكُفْرُ خَاصَّةً، فَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ: يُصَلَّى عَلَيْهِ، وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يُصَلَّى عَلَيْهِ وَيُدْفَنُ، وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى تَعَارُضِ الْأَصْلِ وَالظَّاهِرِ؛ إِذِ الْأَصْلُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ الْإِسْلَامُ، وَالظَّاهِرُ فِي هَذَا الْكُفْرُ، وَلَوْ كَانَ الْمَيِّتُ فِي دَارِ الْكُفْرِ فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ عَلَامَاتُ الْإِسْلَامِ صُلِّيَ عَلَيْهِ، وَإِلَّا فَلَا، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ عَلِيِّ بْنِ سَعِيدٍ.

وَهَذَا تَرْجِيحٌ لِلظَّاهِرِ عَلَى الْأَصْلِ هَاهُنَا، كَمَا رَجَّحَهُ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى، وَلَمْ يُرَجِّحِ الْأَصْحَابُ هُنَا الْأَصْلَ كَمَا رَجَّحُوهُ ثَمَّ؛ لِأَنَّ هَذَا الْأَصْلَ قَدْ عَارَضَهُ أَصْلٌ آخَرُ، وَهُوَ أَنَّ الْأَصْلَ فِي كُلِّ مَوْلُودٍ أَنَّهُ يُولَدُ عَلَى الْفِطْرَةِ.

وَمِنْهَا: إِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي قَدْرِ الْمَهْرِ وَلَا بَيِّنَةَ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ؛ لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ وَغَارِمٌ، وَالْأَصْلُ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ مِنَ الْقَدْرِ الزَّائِدِ عَلَى مَا يُقَرِّرُ بِهِ.

وَالثَّانِيَةُ: الْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِي مَهْرِ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَعَهُ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَسْلَمَ الزَّوْجَانِ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَقَالَ الزَّوْجُ: أَسْلَمْنَا مَعًا، فَنَحْنُ عَلَى نِكَاحِنَا، وَقَالَتِ الزَّوْجَةُ: بَلْ عَلَى التَّعَاقُبِ، فَلَا نِكَاحَ، فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مَعَهُ.

وَالثَّانِي: الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجَةِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَعَهَا؛ إِذْ وُقُوعُ الْإِسْلَامِ مَعًا فِي آنٍ وَاحِدٍ نَادِرٌ، وَالظَّاهِرُ خِلَافُهُ.

وَمِنْهَا: إِذَا خَلَا بِامْرَأَتِهِ وَصَدَّقَتْهُ أَنَّهُ لَمْ يَطَأْهَا، وَقُلْنَا: لَا يَتَقَرَّرُ بِذَلِكَ الْمَهْرُ

عَلَى رِوَايَةٍ سَبَقَتْ، وَكَانَ لَهُ مِنهَا وَلَدٌ، فَهَلْ يَتَقَرَّرُ المَهْرُ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ أَنَّ الْوَلَدَ إِنَّمَا يَنْعَقِدُ عَنِ الْإِصَابَةِ أَوَّلًا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ إِصَابَتِهَا، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ سَبَقَ الْمَاءُ إِلَى فَرْجِهَا فَانْعَقَدَ بِهِ الْوَلَدُ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ فَإِنَّ سَبْقَ الْمَاءِ إِلَى الْفَرْجِ إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَمَا تَقَرَّرَ الْمَهْرُ مِنْ وَطْءٍ دُونَ الْفَرْجِ، كَمَا سَبَقَ تَقْرِيرُهُ، وَالْأَظْهَرُ فِي تَعْلِيلِ عَدَمِ تَقَرُّرِ الْمَهْرِ أَنْ يُقَالَ: الْوَلَدُ يَثْبُتُ نَسَبُهُ بِمُجَرَّدِ الْإِمْكَانِ، بِخِلَافِ اسْتِقْرَارِ الْمَهْرِ.

وَمِنْهَا: لَوْ زَوَّجَ رَجُلٌ وَلِيَّتَهُ، ثُمَّ ظَهَرَتْ مَعِيبَةً، وَادَّعَى الْوَلِيُّ أَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ عَيْبَهَا، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْقَوْلُ قَوْلُ الْوَلِيِّ مَعَ يَمِينِهِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مَعَهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْعَيْبُ جُنُونًا، وَيَكُونَ الْوَلِيُّ ذَا اطِّلَاعٍ عَلَيْهَا، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ، وَهُوَ اخْتِيَارُ صَاحِبِ الْمُغْنِي.

وَالثَّانِي: إِنْ كَانَ الْوَلِيُّ قَرِيبًا كَالْأَبِ وَالْجَدِّ وَالِابْنِ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ يُكَذِّبُهُ، وَإِنْ كَانَ بَعِيدًا قُبِلَ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي، وَوَافَقَهُ ابْنُ عَقِيلٍ، إِلَّا أَنَّهُ فَصَلَ بَيْنَ عُيُوبِ الْفَرْجِ وَغَيْرِهَا فَسَوَّى بَيْنَ الْأَوْلِيَاءِ كُلِّهِمْ فِي عُيُوبِ الْفَرْجِ، بِخِلَافِ غَيْرِهَا.

وَمِنْهَا: إِذَا اخْتَلَطَ مَالٌ حَرَامٌ بِحَلَالٍ، وَكَانَ الْحَرَامُ أَغْلَبَ، فَهَلْ يَجُوزُ التَّنَاوُلُ مِنْهُ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْأَعْيَانِ الْإِبَاحَةُ، وَالْغَالِبُ هَهُنَا الْحَرَامُ، كَمَا قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ: إِذَا كَانَ أَكْثَرُ مَالِهِ النَّهْبَ وَالرِّبَا وَنَحْوَ ذَلِكَ، فَكَأَنَّهُ يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَتَنَزَّهَ عَنْهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ شَيْئًا يَسِيرًا، أَوْ شَيْئًا لَا يُعْرَفُ.

وَقَرِيبٌ مِنْ هَذَا إِذَا اشْتَبَهَ الْمَاءُ الطَّاهِرُ بِالنَّجِسِ، وَكَانَ الطَّاهِرُ أَكْثَرَ، فَإِنَّ فِي جَوَازِ التَّحَرِّي رِوَايَتَيْنِ.

وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ الْمَرُّوذِيِّ جَوَازُهُ.

وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ وَابْنُ شَاقلا وَأَبُو عَلِيٍّ النَّجَّادُ، وَصَحَّحَهُ ابْنُ عَقِيلٍ، لَكِنْ هُنَا اعْتَضَدَ أَصْلُ الطَّهَارَةِ؛ فَإِنَّ الظَّاهِرَ إِصَابَةُ الطَّاهِرِ لِكَثْرَتِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَذَفَ مَجْهُولَ النَّسَبِ، وَادَّعَى رِقَّهُ، وَأَنْكَرَ الْمَقْذُوفُ، فَهَلْ يُحَدُّ؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ لُزُومِ الْحَدِّ، وَالْأَغْلَبَ عَلَى النَّاسِ الْحُرِّيَّةُ، أَوْ يُقَالُ: الْأَصْلُ فِيهِمُ الْحُرِّيَّةُ، فَيَكُونُ ذَا مِنْ بَابِ تَعَارُضِ الْأَصْلَيْنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ لِمَدْخُولٍ بِهَا: أَنْتِ طَالِقٌ، أَنْتِ طَالِقٌ، وَلَمْ يَقْصِدْ بِالثَّانِيَةِ تَأْكِيدًا، وَلَا إِيقَاعًا، بَلْ أَطْلَقَ النِّيَّةَ؛ فَقَالَ الْأَصْحَابُ: تَطْلُقُ اثْنَتَيْنِ؛ لِأَنَّهُ مَوْضُوعٌ لِلْإِيقَاعِ كَاللَّفْظِ الْأَوَّلِ، وَلِهَذَا يُقَالُ: إِذَا دَارَ الْأَمْرُ بَيْنَ التَّأْسِيسِ وَالتَّأْكِيدِ، فَالتَّأْسِيسُ أَوْلَى، وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى الْحَمْلِ عَلَى الظَّاهِرِ مَعَ بَقَاءِ الزَّوْجِيَّةِ وَعَدَمِ وُقُوعِ الثَّانِيَةِ وَالثَّالِثَةِ إِذَا كَرَّرَ ثَلَاثًا، فَيَتَوَجَّهُ أَنْ يُخَرَّجَ رِوَايَةٌ أُخْرَى بِوُقُوعِ وَاحِدَةٍ مَعَ الْإِطْلَاقِ؛ لِأَنَّهُ الْمُتَيَقَّنُ.

وَيَشْهَدُ مَا نَقَلَهُ صَالِحٌ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ، وَقَدْ دَخَلَ بِهَا، فَهُوَ عَلَى مَا أَرَادَ إِنْ كَانَ أَرَادَ إِفْهَامَهَا فَهُوَ الَّذِي أَرَادَ، وَإِنْ أَرَادَ غَيْرَ ذَلِكَ فَهُوَ عَلَى مَا أَرَادَ، فَلَمْ يُوقِعِ الثَّانِيَةَ بِدُونِ النِّيَّةِ.

وَقَدْ حَكَى أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ فِيمَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، بَلْ أَنْتِ طَالِقٌ،

وَأَطْلَقَ النِّيَّةَ، أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ وَاحِدَةٍ، فَإِنْ نَوَى بِالثَّانِيَةِ طَلْقَةً أُخْرَى فَهَلْ يَلْزَمُهُ أَمْ لَا؟

عَلَى قَوْلَيْنِ؛ لِأَنَّهُ إِعَادَةُ اللَّفْظِ الْأَوَّلِ بِعَيْنِهِ، فَلَا يَحْتَمِلُ التَّكْرَارَ، كَذَلِكَ حَكَى الْقَاضِي عَنْهُ فِي كِتَابِ الرِّوَايَتَيْنِ، وَيَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَكَرَّرَهُ وَأَطْلَقَ النِّيَّةَ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ وَاحِدَةٍ.

وَهَهُنَا مَسْأَلَةٌ حَسَنَةٌ نَصَّ عَلَيْهَا أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ، فِيمَا إِذَا قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ، بَلْ أَنْتِ طَالِقٌ، قَالَ: هِيَ تَطْلِيقَتَانِ، هَذَا كَلَامٌ مُسْتَقِيمٌ، وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، لَا بَلْ أَنْتِ طَالِقٌ، هِيَ وَاحِدَةٌ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ (بَلْ) مِنْ حُرُوفِ الْعَطْفِ إِذَا كَانَ بَعْدَهَا مُفْرَدٌ، وَهِيَ هُنَا كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ اسْمَ الْفَاعِلِ مِنَ الْمُفْرَدَاتِ وَإِنْ كَانَ مُتَحَمِّلًا لِضَمِيرٍ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يُعْرَبُ، وَالْجُمَلُ لَا تُعْرَبُ، وَلِأَنَّهُ لَا يَقَعُ صِلَةً، وَلَوْ كَانَ جُمْلَةً لَوَقَعَ صِلَةً، وَحِينَئِذٍ فَيَكُونُ مَا بَعْدَهُ مَعْطُوفًا عَلَى مَا قَبْلَهُ، وَقَدْ أَوْقَعَ قَبْلَهُ وَاحِدَةً ثُمَّ عَطَفَ عَلَيْهَا أُخْرَى، فَتَقَعُ اثْنَتَانِ، كَمَا لَوْ أَتَى بِوَاوِ الْعَطْفِ.

وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ أَحْمَدَ: هَذَا كَلَامٌ مُسْتَقِيمٌ؛ يَعْنِي أَنَّهُ نُسِّقَ بَعْضُهُ عَلَى بَعْضٍ كَسَائِرِ الْمَعْطُوفِ بِالْوَاوِ وَثُمَّ وَنَحْوِهِمَا. وَأَمَّا قَوْلُ النَّحْوِيِّينَ: إِنَّ مَا قَبْلَهُ يَصِيرُ مَسْكُوتًا عَنْهُ غَيْرَ مُثْبَتٍ وَلَا مَنْفِيٍّ، فَهَذَا فِيمَا يَقْبَلُ النَّفْيَ بَعْدَ إِثْبَاتِهِ، وَالطَّلَاقُ لَيْسَ كَذَلِكَ، فَتَعَيَّنَ إِثْبَاتُ الْأَوَّلِ وَعَطْفُ الثَّانِي عَلَيْهِ.

وَأَمَّا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، لَا بَلْ أَنْتِ طَالِقٌ، فَقَدْ صَرَّحَ بِنَفْيِ الْأَوَّلِ، ثُمَّ أَثْبَتَهُ بَعْدَ نَفْيِهِ، فَيَكُونُ الْمُثْبَتُ هُوَ الْمَنْفِيَّ بِعَيْنِهِ، وَهُوَ الطَّلْقَةُ الْأُولَى، فَلَا يَقَعُ بِهِ طَلْقَةٌ ثَانِيَةٌ، وَهُوَ قَرِيبٌ مِنْ مَعْنَى الِاسْتِدْرَاكِ، كَأَنَّهُ نَسِيَ أَنَّ الطَّلَاقَ الْمُوقَعَ لَا يُنْفَى،

فَاسْتَدْرَكَ وَأَثْبَتَهُ؛ لِئَلَّا يَتَوَهَّمَ السَّامِعُ أَنَّ الطَّلَاقَ قَدِ ارْتَفَعَ بِنَفْيِهِ، فَهَذَا إِعَادَةٌ لِلْأَوَّلِ، لَا اسْتِئْنَافُ طَلَاقٍ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ: الطَّلَاقُ يَلْزَمُنِي، أَوْ أَنْتِ الطَّلَاقُ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ وَاحِدَةٌ أَوِ الثَّلَاثَةُ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ؛ لِأَنَّ الْأَلِفَ وَاللَّامَ قَدْ يُرَادُ بِهَا الْعَهْدُ؛ أَيِ الطَّلَاقُ الْمَعْهُودُ الْمَسْنُونُ، وَهُوَ الْوَاحِدَةُ، وَيُرَادُ بِهَا مُطْلَقُ الْجِنْسِ، وَيُرَادُ بِهَا اسْتِغْرَاقُ الْجِنْسِ، لَكِنَّهَا فِي الِاسْتِغْرَاقِ وَالْعُمُومِ أَظْهَرُ، وَالْمُتَيَقَّنُ مِنْ ذَلِكَ الْوَاحِدَةُ، وَالْأَصْلُ بَقَاءُ النِّكَاحِ.

وَعَلَى رِوَايَةِ وُقُوعِ الثَّلَاثِ فَلَوْ نَوَى بِهِ مَا دُونَهَا فَهَلْ يَقَعُ بِهِ مَا نَوَاهُ خَاصَّةً، أَوْ يَقَعُ بِهِ الثَّلَاثُ وَيَكُونُ ذَلِكَ صَرِيحًا فِي الثَّلَاثِ؟

فِيهِ طَرِيقَانِ لِلْأَصْحَابِ، وَلَوْ قَالَ: الطَّلَاقُ يَلْزَمُنِي، وَلَهُ أَكْثَرُ مِنْ زَوْجَةٍ، فَإِنْ كَانَ هُنَاكَ نِيَّةٌ أَوْ سَبَبٌ يَقْتَضِي التَّعْمِيمَ أَوِ التَّخْصِيصَ عُمِلَ بِهِ، وَمَعَ فَقْدِ النِّيَّةِ وَالسَّبَبِ خَرَّجَهَا بَعْضُ الْأَصْحَابِ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ فِي وُقُوعِ الثَّلَاثِ بِذَلِكَ عَلَى الزَّوْجَةِ الْوَاحِدَةِ؛ لِأَنَّ الِاسْتِغْرَاقَ فِي الطَّلَاقِ يَكُونُ تَارَةً فِي نَفْسِهِ وَتَارَةً فِي مَحَلِّهِ.

وَقَدْ فَرَّقَ بَعْضُهُمْ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ عُمُومَ الْمَصْدَرِ لِأَفْرَادِهِ أَقْوَى مِنْ عُمُومِهِ لِمَفْعُولَاتِهِ؛ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَفْرَادِهِ بِذَاتِهِ عَقْلًا وَلَفْظًا، وَإِنَّمَا يَدُلُّ عَلَى مَفْعُولَاتِهِ بِوَاسِطَةٍ، فَلَفْظُ الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ مَثَلًا يَعُمُّ الْأَنْوَاعَ مِنْهُ وَالْأَعْدَادَ أَبْلَغَ مِنْ عُمُومِ الْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ إِذَا كَانَ عَامًّا، فَلَا يَلْزَمُ مِنْ عُمُومِهِ لِأَفْرَادِهِ عُمُومُ أَنْوَاعِ مَفْعُولَاتِهِ، ذَكَرَ ذَلِكَ كُلَّهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ بِمَعْنَاهُ.

وَفِي مَوْضِعٍ آخَرَ قَوِيَ وُقُوعُ الطَّلَاقِ بِجَمِيعِ الزَّوْجَاتِ دُونَ وُقُوعِ الثَّلَاثِ بِالزَّوْجَةِ الْوَاحِدَةِ، وَفَرَّقَ بِأَنَّ وُقُوعَ الثَّلَاثِ بِالْوَاحِدَةِ مُحَرَّمٌ، بِخِلَافِ وُقُوعِ الطَّلَاقِ بِالزَّوْجَاتِ الْمُتَعَدِّدَاتِ، وَقَدْ يُقَالُ: إِنَّ قَوْلَهُ: الطَّلَاقُ يَلْزَمُهُ، وَإِنْ كَانَ صِيغَةَ عُمُومٍ لَكِنْ إِذَا لَمْ يَنْوِ عُمُومَهُ كَانَ مُخَصَّصًا بِالشَّرْعِ عِنْدَ مَنْ يُحَرِّمُ جَمْعَ الثَّلَاثِ، وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ، فَتَكُونُ الْمَسْأَلَةُ حِينَئِذٍ مِنْ صُوَرِ التَّخْصِيصِ بِالشَّرْعِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا نَظَائِرَهَا فِي قَاعِدَةٍ سَبَقَتْ.

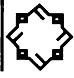
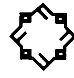
وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ: زَوْجَتِي طَالِقٌ، أَوْ عَبْدِي حُرٌّ، وَلَهُ زَوْجَتَانِ وَعَبِيدٌ، فَالْمَنْصُوصُ أَنَّهُ يَقَعُ الطَّلَاقُ وَالْعِتْقُ بِالْجَمِيعِ، إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ عَدَدًا مُعَيَّنًا؛ لِأَنَّ اسْمَ الْجِنْسِ الْمُضَافَ لِلْعُمُومِ، فَهُوَ كَالْجَمْعِ الْمَعْرُوفِ.

ذَكَرَ صَاحِبُ الْمُغْنِي احْتِمَالًا وَرَجَّحَهُ أَنَّهُ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ مَعَ إِطْلَاقِ النِّيَّةِ إِلَّا بِوَاحِدٍ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ صَالِحٌ لِلْوَاحِدِ وَالْجَمِيعِ، فَحَمْلُهُ عَلَى الْوَاحِدِ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ الْمُتَيَقَّنُ، وَلَوْ كَانَ الْجَمْعُ أَظْهَرَ فِيهِ تَرْجِيحًا لِلْأَصْلِ عَلَى الظَّاهِرِ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ لَهُ: عِنْدِي دِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ. فَهَلْ يَلْزَمُهُ دِرْهَمَانِ أَوْ ثَلَاثَةٌ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ، ذَكَرَهُمَا أَبُو بَكْرٍ فِي الشَّافِي، وَنَزَّلَهُمَا صَاحِبُ التَّلْخِيصِ عَلَى تَعَارُضِ الْأَصْلِ وَالظَّاهِرِ؛ فَإِنَّ الظَّاهِرَ عَطْفُ الثَّالِثِ عَلَى الثَّانِي.

وَيَحْتَمِلُ إِرَادَةَ التَّكْرَارِ بِهِ؛ لِأَنَّهُ بِلَفْظِهِ، فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ؛ لِأَنَّهُ الْيَقِينُ. قَالَ: وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ بِالثَّلَاثِ تَكْرَارَ الثَّانِي قُبِلَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ لِاحْتِمَالِهِ.

وَذَكَرَ صَاحِبُ الْمُغْنِي فِي الطَّلَاقِ احْتِمَالًا أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ إِرَادَةُ التَّكْرَارِ وَالتَّأْكِيدِ مَعَ حَرْفِ الْعَطْفِ لِمُخَالَفَةِ الظَّاهِرِ؛ لِأَنَّ ظَاهِرَ الْعَطْفِ يَقْتَضِي الْمُغَايَرَةَ.

الْقَاعِدَةُ السِّتُّونَ بَعْدَ المِائَة



تُسْتَعْمَلُ الْقُرْعَةُ فِي تَمَيُّزِ الْمُسْتَحِقِّ إِذَا ثَبَتَ الِاسْتِحْقَاقُ ابْتِدَاءً لِمُبْهَمٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ عِنْدَ تَسَاوِي أَهْلِ الِاسْتِحْقَاقِ، وَتُسْتَعْمَلُ أَيْضًا فِي تَمْيِيزِ الْمُسْتَحَقِّ الْمُعَيَّنِ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ عَنِ اشْتِبَاهِهِ وَالْعَجْزِ عَنْ الِاطِّلَاعِ عَلَيْهِ، وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ الْأَمْوَالُ وَالْأَبْضَاعُ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ.

وَفِي الْأَبْضَاعِ قَوْلٌ آخَرُ: إِنَّهُ لَا تُؤَثِّرُ الْقُرْعَةُ فِي حَلِّ الْمُعَيَّنِ مِنْهَا فِي الْبَاطِنِ، وَلَا تُسْتَعْمَلُ فِي إِلْحَاقِ النَّسَبِ عِنْدَ الِاشْتِبَاهِ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، وَتُسْتَعْمَلُ فِي حُقُوقِ الِاخْتِصَاصِ وَالْوِلَايَاتِ وَنَحْوِهَا، وَلَا تُسْتَعْمَلُ فِي تَعْيِينِ الْوَاجِبِ الْمُبْهَمِ مِنَ الْعِبَادَاتِ وَنَحْوِهَا ابْتِدَاءً، وَفِي الْكَفَّارَةِ وَجْهٌ ضَعِيفٌ أَنَّ الْقُرْعَةَ تُمَيِّزُ الْيَمِينَ المنسية.

وَنَحْنُ نَذْكُرُ هَاهُنَا مَسَائِلَ الْقُرْعَةِ الْمَذْكُورَةَ فِي الْمَذْهَبِ مِنْ أَوَّلِ الْفِقْهِ إِلَى آخِرِهِ بِحَسَبِ الْإِمْكَانِ، وَاللهُ الْمُوَفِّقُ.

فَمِنْهَا: إِذَا اجْتَمَعَ مُحْدِثَانِ حَدَثًا أَكْبَرَ أَوْ أَصْغَرَ، وَعِنْدَهُمَا مَا يَكْفِي أَحَدَهُمَا، وَلَا اخْتِصَاصَ لِأَحَدِهِمَا بِهِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَقْتَرِعَانِ عَلَيْهِ؛ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي الحَاجَةِ إِلَيْهِ.

وَالثَّانِي: يُقْسَمُ بَيْنَهُمَا، وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا جُنُبًا وَالْآخَرُ مُحْدِثًا حَدَثًا أَصْغَرَ،

وَكَانَ المَاءُ يَكْفِي كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَيَفْضُلُ عَنْهُ فَضْلَةٌ لا يَكْفِي الآخَرَ، فَفِيهِ ثَلاثَةُ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: المُحْدِثُ أَوْلَى؛ لِأَنَّ فَضْلَتَهُ يُمْكِنُ الجُنُبَ اسْتِعْمَالُهَا، بِخِلَافِ فَضْلَةِ الجُنُبِ فَإِنَّمَا لَا تَرْفَعُ حَدَثَ المُحْدِثِ وَلَا شَيْئًا مِنْهُ.

وَالثَّانِي: الجُنُبُ أَوْلَى؛ لِغِلَظِ حَدَثِهِ.

وَالثَّالِثُ: هُمَا سَوَاءٌ، فَيُقْرَعُ بَيْنَهُمَا، أَوْ يُعْطِيهِ بَاذِلُ المَاءِ لِمَنْ شَاءَ مِنْهُمَا، قَالَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ: هَذِهِ المَسْأَلَةُ صَوَّرَهَا جَمَاعَةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا فِي مَاءٍ مُبَاحٍ أَوْ مَمْلُوكٍ أَرَادَ مَالِكُهُ بَذْلَهُ لِأَحَدِهِمْ.

وَفِيهِ نَظَرٌ؛ فَإِنَّ المُبَاحَ قَبْلَ وَضْعِ الأَيْدِي عَلَيْهِ لَا مِلْكَ فِيهِ، وَبَعْدَ وَضْعِ الأَيْدِي لِلْجَمِيعِ، وَالمَالِكُ لَهُ وِلَايَةُ صَرْفِهِ إِلَى مَنْ شَاءَ. قَالَ: وَيُتَصَوَّرُ ذَلِكَ عِنْدِي فِي الْوَصِيَّةِ بِالمَاءِ لِأَوْلَاهُمْ بِهِ. انْتَهَى.

وَيُتَصَوَّرُ أَيْضًا فِي النَّذْرِ لِأَوْلَاهُمْ بِهِ وَالْوَقْفِ عَلَيْهِ، وَفِيمَا إِذَا طَلَبَ المَالِكُ مَعْرِفَةَ أَوْلَاهُمْ لِيُؤْثِرَهُ بِهِ، وَفِيمَا إِذَا مَا وَرَدُوا عَلَى مُبَاحٍ وَازْدَحَمُوا وَتَشَاحُّوا فِي التَّنَاوُلِ أَوَّلًا.

وَمِنْهَا: إِذَا تَشَاحُّوا فِي الْأَذَانِ مَعَ تَسَاوِيهِمُ المُرَجِّحِ بِهَا فِيهِ، فَإِنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ وَأَبِي طَالِبٍ وَمُحَمَّدِ بْنِ مُوسَى، وَاحْتَجَّ بِأَنَّ سَعْدًا أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ فِي الْأَذَانِ يَوْمَ الْقَادِسِيَّةِ[1].

---

(١) أخرجه البخاري تعليقا (١/ ١٢٦)، والبيهقي (١/ ٦٣٠، رقم ٢٠١٣).

وَنَصَّ فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُد عَلَى تَقْدِيمِ الْقُرْعَةِ عَلَى اخْتِيَارِ الجِيرَانِ، وَفِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي مُوسَى عَلَى أَنَّ المُتَعَاهِدَ لِلْمَسْجِدِ بِالْعِمَارَةِ أَحَقُّ.

وَمِنْهَا: إِذَا اجْتَمَعَ عُرَاةٌ وَمَعَ وَاحِدٍ ثَوْبٌ قَدْ صَلَّى فِيهِ، اسْتُحِبَّ لَهُ إِعَارَتُهُ لِرُفَقَائِهِ، فَإِنْ ضَاقَ الْوَقْتُ وَفِيهِمْ مَنْ يَصْلُحُ لِلْإِمَامَةِ اسْتُحِبَّ إِعَارَتُهُ، فَيُصَلِّي فِيهِ إِمَامًا وَالْعُرَاةُ خَلْفَهُ، فَإِنِ اسْتَوَوْا وَلَمْ يَكُنِ الثَّوْبُ لِوَاحِدٍ مِنْهُمْ أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ، ذَكَرَهُ فِي الْمُغْنِي.

وَمِنْهَا: إِذَا اسْتَوَى اثْنَانِ فِي الصِّفَاتِ المُرَجَّحِ بِهَا فِي الْإِمَامَةِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ وَتَشَاحَّا، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا، كَمَا فِي الْأَذَانِ.

وَكَذَلِكَ إِذَا اجْتَمَعَ اثْنَانِ مِنْ أَوْلِيَاءِ المَيِّتِ وَاسْتَوَيَا وَتَشَاحَّا فِي الصَّلَاةِ عَلَيْهِ أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا، وَلَوْ وَلِيَ إِمَامَةَ المَسْجِدِ رَجُلَانِ صَحَّ، وَكَانَا فِي الْإِمَامَةِ سَوَاءً، وَأَيُّهُمَا سَبَقَ إِلَيْهَا كَانَ أَحَقَّ بِهَا، فَإِنْ حَضَرَا مَعًا احْتُمِلَ أَنْ يُقْرَعَ بَيْنَهُمَا، فَيُقَدَّمُ مَنْ قُرِعَ لَهُ مِنْهُمَا، وَاحْتُمِلَ أَنْ يَرْجِعَ إِلَى اخْتِيَارِ أَهْلِ المَسْجِدِ لِأَحَدِهِمَا، ذَكَرَ ذَلِكَ الْقَاضِي فِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَدَّمَ مَيِّتَيْنِ إِلَى مَكَانٍ مِنْ مَقْبَرَةٍ مُسَبَّلَةٍ فِي آنٍ وَاحِدٍ وَلَمْ يَكُنْ لِأَحَدِهِمَا هُنَاكَ مَزِيَّةٌ مِنْ أَهْلٍ مَدْفُونِينَ عِنْدَهُ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ، فَإِنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا، صَرَّحَ بِهِ الْأَصْحَابُ.

وَكَذَلِكَ إِذَا دُفِنَ اثْنَانِ فِي قَبْرٍ وَاحِدٍ، وَاسْتَوَيَا فِي الصِّفَاتِ، فَإِنَّهُ يُقَدَّمُ أَحَدُهُمَا إِلَى الْقِبْلَةِ بِالْقُرْعَةِ، كَمَا فَعَلَ مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ بِامْرَأَتَيْهِ[1].

---

(١) أخرجه أبو نعيم في الحلية (١/ ٢٣٤).

وَمِنْهَا: إِذَا اجْتَمَعَ مَيِّتَانِ فَبُذِلَ لَهُمَا كَفَنَانِ، وَكَانَ أَحَدُ الْكَفَنَيْنِ أَجْوَدَ مِنَ الْآخَرِ، وَلَمْ يُعَيِّنِ الْبَاذِلُ مَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، فَإِنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا؛ لِمَا وَرَدَ فِي السُّنَّةِ بِذَلِكَ، فَرَوَى الْإِمَامُ أَحْمَدُ فِي الْمُسْنَدِ مِنْ حَدِيثِ الزُّبَيْرِ أَنَّهُ قَالَ: لَـمَّا كَانَ يَوْمُ أُحُدٍ أَقْبَلَتْ صَفِيَّةُ -يَعْنِي أُمَّهُ- فَأَخْرَجَتْ ثَوْبَيْنِ مَعَهَا، فَقَالَتْ: هَذَانِ ثَوْبَانِ جِئْتُ بِهِمَا لِأَخِي حَمْزَةَ فَكَفِّنُوهُ فِيهِمَا. قَالَ: فَجِئْتُ بِالثَّوْبَيْنِ لِيُكَفَّنَ فِيهِمَا حَمْزَةُ، فَإِذَا إِلَى جَنْبِهِ رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ قَتِيلٌ قَدْ فُعِلَ بِهِ مَا فُعِلَ بِحَمْزَةَ. قَالَ: فَوَجَدْنَا غَضَاضَةً وَحَيَاءً أَنْ يُكَفَّنَ حَمْزَةُ فِي ثَوْبَيْنِ وَالْأَنْصَارِيُّ لَا كَفَنَ لَهُ، فَقَالَ: لِحَمْزَةَ ثَوْبٌ، وَلِلْأَنْصَارِيِّ ثَوْبٌ، فَقَدَرْنَاهُمَا فَكَانَ أَحَدُهُمَا أَكْبَرَ مِنَ الْآخَرِ، فَأَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا، فَكَفَّنَّا كُلَّ وَاحِدٍ فِي الَّذِي طَارَ لَهُ[1].

وَقَدْ ذَكَرَهُ الْأَثْرَمُ لِلْإِمَامِ أَحْمَدَ لَـمَّا عَدَّدَ أَحَادِيثَ الْقُرْعَةِ، فَعَرَفَهُ أَحْمَدُ وَعَدَّهُ مَعَهَا، وَهَذَا يُشْعِرُ بِأَنَّهُ أَخَذَ بِهِ.

وَمِنْهَا: وَلَـوِ اشْتَبَهَ عَبْدُهُ بِعَبْدِ غَيْرِهِ، فَهَلْ يَصِحُّ بَيْعُ عَبْدِهِ الْمُشْتَبِهِ مِنْ مَالِ الْآخَرِ قَبْلَ تَمْيِيزِهِ أَمْ لَا؟

قَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ الْعَقْدُ حَتَّى يَقَعَ التَّمْيِيزُ، وَبِمَاذَا يَقَعُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُقْرَعَ بَيْنَهُمَا، فَيُعَيَّنُ بِالْقُرْعَةِ، ثُمَّ يَبِيعُهُ؛ لِأَنَّهُ قَدِ اخْتَلَطَ الْمُسْتَحِقُّ بِغَيْرِهِ.

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَقِفَ عَلَى الْمُرَاضَاةِ، وَلَوْ سَلَّمْنَاهُ فَلِأَنَّ الْجَهَالَةَ هُنَا بِغَيْرِ فِعْلِهِ، فَعُفِيَ عَنْهَا. قَالَ: وَأَجْوَدُ مَا يُقَالُ فِيهَا: إِنَّهُمَا يَبِيعَانِ الْعَبْدَيْنِ وَيَقْتَسِمَانِ الثَّمَنَ عَلَى

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ١٦٥).

قِيمَةِ الْعَبْدَيْنِ كَمَا قُلْنَا إِذَا اخْتَلَطَ زَيْتُهُ بِزَيْتِ الْآخَرِ، وَأَحَدُهُمَا أَجْوَدُ مِنَ الْآخَرِ؛ أَنَّهُمَا يَبِيعَانِ الزَّيْتَ وَيَقْتَسِمَانِ الثَّمَنَ عَلَى قَدْرِ الْقِيمَةِ. انْتَهَى.

وَمِنْهَا: إِذَا ادَّعَى الْوَدِيعَةَ اثْنَانِ، فَقَالَ الْمُودَعُ: لَا أَعْلَمُ لِمَنْ هِيَ مِنْكُمَا، فَإِنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا، فَمَنْ قَرَعَ فَصَاحِبُهُ حَلَفَ وَأَخَذَهَا، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ، وَهِيَ مِنْ فُرُوعِ مَسْأَلَةِ تَدَاعِي عَيْنٍ بِيَدِ ثَالِثٍ يَعْتَرِفُ بِأَنَّهَا لِأَحَدِهِمَا، وَسَنَذْكُرُهَا إِنْ شَاءَ اللهُ.

وَمِنْهَا: إِذَا سَبَقَ اثْنَانِ إِلَى الْجُلُوسِ بِالْأَمَاكِنِ الْمُبَاحَةِ كَالطُّرُقِ الْوَاسِعَةِ، وَرِحَابِ الْمَسَاجِدِ وَنَحْوِهَا لِمَعَاشٍ أَوْ غَيْرِهِ، فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُقَدَّمُ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ، وَفِيهِ وَجْهٌ بِتَقْدِيمِ السُّلْطَانِ لِمَنْ يَرَى مِنْهُمَا بِنَوْعٍ مِنَ التَّرْجِيحِ، وَكَذَلِكَ لَوِ اسْتَبَقَا إِلَى مَوْضِعٍ فِي رِبَاطٍ مُسَبَّلٍ أَوْ خَانٍ، أَوِ اسْتَبَقَ فَقِيهَانِ إِلَى مَدْرَسَةٍ، أَوْ صُوفِيَّانِ إِلَى خَانَكَاه، ذَكَرَهُ الْحَارِثُ.

وَهَذَا يَتَوَجَّهُ عَلَى أَحَدِ الِاحْتِمَالَيْنِ اللَّذَيْنِ ذَكَرَهُمَا فِي الْمَدَارِسِ وَالْخَوَانِقِ الْمُخْتَصَّةِ بِوَصْفٍ مُعَيَّنٍ، أَنَّهُ لَا يَتَوَقَّفُ الِاسْتِحْقَاقُ فِيهَا عَلَى تَنْزِيلِ نَاظِرٍ، فَأَمَّا عَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ، وَهُوَ تَوَقُّفُ الِاسْتِحْقَاقِ عَلَى تَنْزِيلِهِ، فَلَيْسَ إِلَّا تَرْجِيحَهُ لَهُ بِنَوْعٍ مِنَ التَّرْجِيحَاتِ. وَقَدْ يُقَالُ: إِنَّهُ يُرَجَّحُ بِالْقُرْعَةِ مَعَ التَّسَاوِي.

وَمِنْهَا: إِذَا سَبَقَ اثْنَانِ إِلَى مَعْدِنٍ مُبَاحٍ أَوْ غَيْرِهِ مِنَ الْمُبَاحَاتِ، وَضَاقَ الْمَكَانُ إِلَّا عَنْ أَحَدِهِمَا، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَقْتَرِعَانِ عَلَيْهِ، اخْتَارَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِي.

وَالثَّانِي: قَالَهُ الْقَاضِي، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا لِلتِّجَارَةِ هَايَأَ الْإِمَامُ بَيْنَهُمَا بِالْيَوْمِ، أَوِ السَّاعَةِ، بِحَسَبِ مَا يَرَى؛ لِأَنَّهُ يَطُولُ، وَإِنْ كَانَ لِلْحَاجَةِ فَاحْتِمَالَاتٌ:

أَحَدُهَا: يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا.

وَالثَّانِي: يَنْصِبُ مَنْ يَأْخُذُ لَهُمَا ثُمَّ يَقْسِمُ.

وَالثَّالِثُ: يُقَدِّمُ مَنْ يَرَاهُ أَحْوَجَ وَأَوْلَى، وَأَمَّا إِنْ وَقَعَتْ أَيْدِيهِمَا عَلَى الْمُبَاحِ فَهُوَ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَإِنْ كَانَ فِي كَلَامِ بَعْضِ الْأَصْحَابِ مَا يُوهِمُ خِلَافَ ذَلِكَ فَلَيْسَ بِشَيْءٍ.

وَمِنْهَا: إِذَا اجْتَمَعَ اثْنَانِ بَيْنَ نَهْرٍ مُبَاحٍ، لِكُلٍّ مِنْهُمَا أَرْضٌ يَحْتَاجُ إِلَى السَّقْيِ مِنْهُ، وَكَانَا مُتَقَابِلَيْنِ، وَلَمْ يُمْكِنْ قِسْمَةُ الْمَاءِ بَيْنَهُمَا، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا، فَقُدِّمَ مَنْ لَهُ الْقُرْعَةُ، فَإِنْ كَانَ لَا يَفْضُلُ عَنْ أَحَدِهِمَا سَقَى مَنْ لَهُ الْقُرْعَةُ بِقَدْرِ حَقِّهِ مِنَ الْمَاءِ ثُمَّ تَرَكَهُ لِلْآخَرِ؛ فَإِنَّهُ يُسَاوِيهِ فِي اسْتِحْقَاقِ الْمَاءِ، وَإِنَّمَا الْقُرْعَةُ لِلتَّقْدِيمِ فِي اسْتِيفَاءِ الْحَقِّ، لَا فِي أَصْلِ الْحَقِّ، بِخِلَافِ الْأَعْلَى مَعَ الْأَسْفَلِ، فَإِنَّهُ لَيْسَ لِلْأَسْفَلِ حَقٌّ إِلَّا فِيمَا فَضَلَ عَنِ الْأَعْلَى، وَهُنَا الْمَاءُ بَيْنَهُمَا يَسْتَحِقُّ كُلٌّ مِنْهُمَا أَنْ يَأْخُذَ بِقَدْرِ نِسْبَةِ حَقِّهِ مِنْهُ، ذَكَرَهُ فِي الْمُغْنِي.

وَمِنْهَا: إِذَا وَصَفَ اللُّقَطَةَ نَفْسَانِ، فَهَلْ يُقْسَمُ بَيْنَهُمَا أَوْ يُقْرَعُ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ فَهِيَ لَهُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا الْتَقَطَ اثْنَانِ طِفْلًا وَتَسَاوَيَا فِي الصِّفَاتِ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا، وَلَمْ يُقَرَّ بِأَيْدِيهِمَا جَمِيعًا كَمَا فِي الحَضَانَةِ، وَإِنِ ادَّعَى نَفْسَانِ الْتِقَاطَ طِفْلٍ، فَإِنْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمَا أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا فَأُقِرَّ بِيَدِ مَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ، فَإِنِ اسْتَوَيَا فِي عَدَمِ الْيَدِ وَلَمْ يَصِفْهُ أَحَدُهُمَا، فَقَالَ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ: لَا حَقَّ لِأَحَدِهِمَا فِيهِ، وَيُعْطِيهِ الحَاكِمُ لِمَنْ شَاءَ مِنْهُمَا، أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ لَهُمَا سَبَبُ الِاسْتِحْقَاقِ، وَقَالَ صَاحِبُ الْمُغْنِي:

الْأَوْلَى أَنْ يُقْرَعَ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّهُمَا تَنَازَعَا شَيْئًا فِي يَدِ غَيْرِهِمَا، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَنَازَعَا وَدِيعَةً.

وَفِيهِ نَظَرٌ؛ فَإِنَّ الْوَدِيعَةَ لِمُعَيَّنٍ، وَلَا مُدَّعِيَ لَهَا سِوَاهُمَا، بِخِلَافِ اللَّقِيطِ؛ فَإِنَّ الحَقَّ لِمَنْ سَبَقَ إِلَيْهِ، وَلَمْ يَثْبُتِ السَّبْقُ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا، فَصَارَا كَغَيْرِهِمَا.

وَلَوِ ادَّعَى اثْنَانِ لُقَطَةً بَيْنَ أَيْدِيهِمَا كُلٌّ مِنْهُمَا يَقُولُ: أَنَا سَبَقْتُ إِلَيْهَا، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَهَذَا فِي الظَّاهِرِ يُخَالِفُ قَوْلَهُ فِي دَعْوَى الْتِقَاطِ الطِّفْلِ، إِلَّا أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ اللُّقَطَةَ تَئُولُ إِلَى المِلْكِ، فَهِيَ كَتَدَاعِي اثْنَيْنِ مِلْكِيَّةَ عَيْنٍ بَيْنَ أَيْدِيهِمَا، لَا يَدَ عَلَيْهَا لِأَحَدٍ، كَمَا سَيَأْتِي إِنْ شَاءَ اللهُ.

وَمِنْهَا: إِذَا وَصَّى لِجَارِهِ مُحَمَّدٍ، وَلَهُ جَارَانِ بِهَذَا الِاسْمِ، فَهَلْ تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ، أَوْ تَصِحُّ وَيُمَيَّزُ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ؟

فِيهِ خِلَافٌ سَبَقَ ذِكْرُهُ مَبْسُوطًا، وَكَذَا سَبَقَ ذِكْرُ مَنْ وَهَبَ أَحَدَ أَوْلَادِهِ وَتَعَذَّرَ الْوُقُوفُ عَلَى عَيْنِهِ، أَوْ وُقِفَ عَلَيْهِ وَاشْتَبَهَ فِيهِمْ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَوْصَى لِزَيْدٍ بِعَبْدٍ مِنْ عَبِيدِهِ، قَالَ الخِرَقِيُّ: يُعْطِي وَاحِدًا مِنْهُمْ بِالْقُرْعَةِ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ وَاحِدًا مُبْهَمًا. وَالمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ أَنَّ لَهُ أَخَسَّهُمْ -يَعْنِي أَدْنَى مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الِاسْمُ- لِأَنَّهُ المُتَيَقَّنُ، وَإِنَّمَا أَقْرَعْنَا فِي الْعِتْقِ لِأَنَّ الْعِتْقَ حَقٌّ لِلْعَبِيدِ، وَقَدْ تَسَاوَوْا فِي اسْتِحْقَاقِهِ، فَيُمَيَّزُ بِالْقُرْعَةِ، وَهُنَا الحَقُّ لِلْمُوصَى لَهُ، وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ مَا يَصْدُقُ عَلَيْهِ الِاسْمُ.

وَمِنْهَا: إِذَا مَاتَ المُتَوَارِثَانِ وَعُلِمَ أَسْبَقُهُمَا مَوْتًا ثُمَّ نُسِيَ، فَقَالَ الْقَاضِي: لَا يَمْتَنِعُ أَنْ نَقُولَ هُنَا بِالْقُرْعَةِ لِتَعْيِينِ السَّابِقِ، وَالمَذْهَبُ أَنَّ حُكْمَ ذَلِكَ حُكْمُ مَا لَوْ جَهِلُوا الحَالَ، أَوْ لِأَنَّهُ يُوَرَّثُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْآخَرِ مِنْ تِلَادِ مَالِهِ دُونَ مَا وَرِثَهُ مِنْهُ، وَلَوِ ادَّعَى وَرَثَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِسَبْقِ الْآخَرِ وَلَا بَيِّنَةَ لَهُمَا، أَوْ تَعَارَضَتِ الْبَيِّنَتَانِ، فَفِيهِ أَوْجُهٌ:

أَحَدُهَا: يُعَيَّنُ السَّابِقُ بِالْقُرْعَةِ، اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى، وَضَعَّفَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي كِتَابِ الخِلَافِ.

وَالثَّانِي: يَتَوَارَثَانِ، كَمَا لَوْ جَهِلَ الْوَرَثَةُ الحَالَ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الخَطَّابِ، وَقَالَ الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ: هُوَ قِيَاسُ المَذْهَبِ.

وَالثَّالِثُ: يَحْلِفُ وَرَثَةُ كُلِّ وَاحِدٍ لِإِسْقَاطِ دَعْوَى الْآخَرِ، وَلَا يَتَوَارَثَانِ. نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ وَاخْتَارَهُ الخِرَقِيُّ؛ لِأَنَّ وَرَثَةَ كُلِّ وَاحِدٍ قَدْ علم اسْتِحْقَاقَهُ لِإِرْثِهِ، وَغَيْرُهُمْ يَدَّعِي عَلَيْهِمُ اسْتِحْقَاقَ مُشَارَكَةٍ، وَهُمْ يُنْكِرُونَ ذَلِكَ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُمْ مَعَ أَيْمَانِهِمْ، بِخِلَافِ مَسَائِلِ الْغَرْقَى؛ فَإِنَّ الْوَرَثَةَ مُتَّفِقُونَ فِيهَا عَلَى عَدَمِ الْعِلْمِ بِالسَّابِقِ، وَلَيْسَ فِيهِمْ مُدَّعٍ لِاسْتِحْقَاقِ انْفِرَادِهِ بِمَالِ مَيِّتِهِ.

وَالْوَجْهُ الرَّابِعُ -وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ فِي كِتَابِ الخِلَافِ-: أَنَّهُ يُقْسَمُ الْقَدْرُ المُتَنَازَعُ فِيهِ مِنَ المِيرَاثِ بَيْنَ مُدَّعِيهِ نِصْفَيْنِ، وَعَلَيْهِمَا الْيَمِينُ فِي ذَلِكَ، كَمَا لَوْ تَنَازَعَا دَابَّةً فِي أَيْدِيهِمَا.

وَمِنْهَا: إِذَا مَاتَ عَنْ زَوْجَاتٍ، وَقَدْ طَلَّقَ إِحْدَاهُنَّ طَلَاقًا يَقْطَعُ الْإِرْثَ، أَوْ كَانَ نِكَاحُ بَعْضِهِنَّ فَاسِدًا لَا تَوَارُثَ فِيهِ، وَجُهِلَ عَيْنُ المُطَلَّقَةِ وَذَاتُ النِّكَاحِ

الْفَاسِدِ، فَإِنَّهَا تُعَيَّنُ بِالْقُرْعَةِ، وَالْمِيرَاثُ لِلْبَوَاقِي، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ.

وَمِنْهَا: الْأَوْلِيَاءُ الْمُسْتَوُونَ فِي النِّكَاحِ إِذَا تَشَاحُّوا أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ، فَإِنْ سَبَقَ مَنْ أَخْطَأَتْهُ الْقُرْعَةُ فَزَوَّجَ، فَهَلْ يَصِحُّ أَمْ لَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ زَوَّجَ وَلِيَّانِ مِنِ اثْنَيْنِ، وَجُهِلَ أَسْبَقُ الْعَقْدَيْنِ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَمِينُ الْأَسْبَقِ بِالْقُرْعَةِ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ فَهِيَ زَوْجَتُهُ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى تَجْدِيدِ عَقْدٍ، وَلَا يَحْتَاجُ الْآخَرُ إِلَى طَلَاقٍ، هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ وَابْنِ مَنْصُورٍ، وَقَدْ ذَكَرَ هَذِهِ الرِّوَايَةَ فِي هَذَا الْوَجْهِ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ، وَابْنُ عَقِيلٍ، وَغَيْرُهُمَا.

وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي الْجَامِعِ وَالْخِلَافِ وَالرِّوَايَتَيْنِ، وَأَبُو الْخَطَّابِ، وَغَيْرُهُمَا أَنَّ الْآخَرَ يُؤْمَرُ بِالطَّلَاقِ كَمَا يُطَلِّقُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ. وَفِيهِ ضَعْفٌ؛ فَإِنَّ هَذَا لَمْ يَتَحَقَّقْ لَهُ نِكَاحٌ مُنْعَقِدٌ، بِخِلَافِ النَّاكِحِ نِكَاحًا فَاسِدًا.

وَأَيْضًا فَمُجَرَّدُ طَلَاقِهِ بِتَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ نِكَاحُهُ هُوَ السَّابِقَ لَا يُفِيدُ حِلَّ الْمَرْأَةِ لِلْآخَرِ، فَلِهَذَا قَالَ طَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ: يُجَدِّدُ الَّذِي خَرَجَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ النِّكَاحَ لِتَحِلَّ لَهُ بِيَقِينٍ.

وَقَدْ حَكَى ذَلِكَ الْقَاضِي فِي كِتَابِ الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَحْمَدَ بْنِ سُلَيْمَانَ النَّجَّادِ، ثُمَّ رَدَّهُ بِأَنَّهُ لَا يَبْقَى حِينَئِذٍ مَعْنًى لِلْقُرْعَةِ، فَإِنَّهُ إِذَا أُمِرَ أَحَدُهُمَا بِالطَّلَاقِ وَأُمِرَ الْقَارِعُ بِتَجْدِيدِ النِّكَاحِ، فَقَدْ خَلَتِ الْمَرْأَةُ مِنْ زَوْجِيَّتِهِمَا مَعًا، فَلَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ مَنْ شَاءَتْ مِنْهُمَا وَمِنْ غَيْرِهِمَا، وَلَا فَائِدَةَ حِينَئِذٍ لِلْقُرْعَةِ، وَهَذَا بِعَيْنِهِ قَوْلُ مَنْ يَقُولُ بِفَسْخِ نِكَاحِهِمَا، كَمَا سَيَأْتِي.

وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: لَوْ كَانَ الْأَمْرُ كَمَا ذَكَرُوهُ لَمْ يَبْقَ بَيْنَ الرِّوَايَتَيْنِ فَرْقٌ، وَلَا لِلْقُرْعَةِ فَائِدَةٌ، وَإِنَّمَا يَجِبُ عَلَى رِوَايَةِ الْقُرْعَةِ أَنْ يُقَالَ: هِيَ زَوْجَةُ الْقَارِعِ، بِحَيْثُ يَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهَا وَسُكْنَاهَا، وَلَوْ مَاتَ وَرِثَتْهُ، لَكِنْ لَا يَطَؤُهَا حَتَّى يُجَدِّدَ الْعَقْدَ، فَيَكُونُ تَجْدِيدُ الْعَقْدِ يُحِلُّ الْوَطْءَ فَقَطْ، وَلَعَلَّ هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ، أَوْ يُقَالُ: إِنَّهُ لَا يُحْكَمُ بِالزَّوْجِيَّةِ إِلَّا بِالتَّجْدِيدِ، وَيَكُونُ التَّجْدِيدُ وَاجِبًا عَلَيْهِ وَعَلَيْهَا كَمَا كَانَ الطَّلَاقُ وَاجِبًا عَلَى الْآخَرِ.

قَالَ: وَلَيْسَ فِي كَلَامِ أَحْمَدَ تَعَرُّضٌ لِطَلَاقٍ وَلَا لِتَجْدِيدِ الْآخَرِ النِّكَاحَ؛ فَإِنَّ الْقُرْعَةَ جَعَلَهَا الشَّارِعُ حُجَّةً وَبَيِّنَةً تُفِيدُ الْحِلَّ ظَاهِرًا كَالشَّهَادَةِ وَالنُّكُولِ وَنَحْوِهِمَا مِمَّا لَا يُوقَفُ مَعَهُ عَلَى حَقِيقَةِ الْأَمْرِ فِي الْبَاطِنِ، وَالْمَجْهُولُ غَيْرُ مُكَلَّفٍ بِهِ الْعِبَادُ، بَلْ هُوَ فِي نَظَرِ الشَّرْعِ كَالْمَعْدُومِ مَا دَامَ مَجْهُولًا.

وَنَظِيرُ هَذِهِ الرِّوَايَةِ فِي الْقُرْعَةِ أَنَّ الْمَشْهُورَ مِنَ الْمَذْهَبِ أَنَّ مَنْ طَلَّقَ وَاحِدَةً مِنْ زَوْجَاتِهِ ثُمَّ أُنْسِيَهَا فَإِنَّهَا تُعَيَّنُ بِالْقُرْعَةِ، وَيَحِلُّ لَهُ وَطْءُ الْبَوَاقِي، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا يُمَيَّزُ النِّكَاحُ الصَّحِيحُ مِنَ الْبَاطِلِ بِالْقُرْعَةِ، وَيُفِيدُ حِلَّ الْوَطْءِ، وَلَا يُقَالُ هُنَاكَ: الْأَصْلُ فِيمَنْ لَمْ تَخْرُجْ عَلَيْهَا الْقُرْعَةُ بَقَاءُ النِّكَاحِ وَلَمْ يَتَيَقَّنْ وُقُوعُ الطَّلَاقِ عَلَيْهَا، وَهُنَا الْأَصْلُ عَدَمُ انْعِقَادِ النِّكَاحِ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، فَلَا يُبَاحُ الْوَطْءُ بِدُونِ تَيَقُّنِ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّا نَقُولُ: الِاسْتِصْحَابُ بَطَلَ بِيَقِينِ وُقُوعِ الطَّلَاقِ الْمُحَرِّمِ.

وَلِهَذَا أَبْطَلَ أَصْحَابُنَا الِاسْتِصْحَابَ فِي مَسْأَلَةِ اشْتِبَاهِ الْمَاءِ الطَّاهِرِ بِالنَّجِسِ، وَمَنَعُوا اسْتِعْمَالَ أَحَدِهِمْ بِالتَّحَرِّي؛ لِأَنَّ الِاسْتِصْحَابَ زَالَ حُكْمُهُ بِيَقِينِ التَّنَجُّسِ، وَحِينَئِذٍ تَتَّفِقُ الصُّورَتَانِ؛ لِأَنَّ فِي إِحْدَاهُمَا اشْتَبَهَتِ الزَّوْجَةُ بِالْمُطَلَّقَةِ ثَلَاثًا، وَفِي

الْأُخْرَى اشْتَبَهَ الزَّوْجُ بِغَيْرِهِ وَكَوْن أَحَدِهِمَا لَهُ أَصْلًا فِي الحِلِّ دُونَ الْآخَرِ لَا أَثَرَ لَهُ عِنْدَنَا، وَلِهَذَا يُسَوَّى بَيْنَ اشْتِبَاهِ الْبَوْلِ بِالْمَاءِ الطَّاهِرِ وَاشْتِبَاهِ الْمَاءِ النَّجِسِ بِالطَّاهِرِ، وَنَحْنُ نَقُولُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ: لَوْ أَقَرَّ بِأَنَّ وَلَدَ إِحْدَى إِمَائِهِ ابْنُهُ، ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يُعَيِّنْهُ بُيِّنَ بِالْقُرْعَةِ، وَإِنْ كَانَ حُرَّ الْأَصْلِ.

وَاعْلَمْ أَنَّ الْقَاضِيَ حَكَى عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ سُلَيْمَانَ النَّجَّادِ أَنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، فَمَنْ قَرَعَ أُمِرَ صَاحِبُهُ بِالطَّلَاقِ، ثُمَّ جَدَّدَ الْآخَرُ نِكَاحَهُ.

وَقَرَأْتُ بِخَطِّ الْقَاضِي فِي بَعْضِ مَجَامِيعِهِ قَالَ: حَكَى أَبُو الحَسَنِ الجَزَرِيُّ قَالَ: سُئِلَ أَبُو عَلِيٍّ النَّجَّادُ عَنْ رَجُلٍ زَوَّجَ ابْنَتَهُ عَلَى صَدَاقِ أَلْفِ دِرْهَم، ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ قَبْلَ دُخُولِ الزَّوْجِ بِهَا، فَحَضَرَ ثَلَاثَةُ رِجَالٍ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يَقُولُ: زَوَّجَنِي أَبُوكِ مِنْكِ عَلَى صَدَاقِ أَلْفِ دِرْهَم قَبَضَهَا مِنِّي، وَعَدِمَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُم الْبَيِّنَةَ فِي الحَالِ، وَقَالَتِ الْبِنْتُ: أَعْلَمُ أَنَّ وَاحِدًا مِنْ هَؤُلَاءِ الثَّلَاثَةِ تَزَوَّجَنِي يَقِينًا، وَلَكِنْ لَا أَعْرِفُهُ عَيْنًا، فَقَالَ أَبُو عَلِيٍّ النَّجَّادُ: تَرْفَعُ أَمْرَهَا إِلَى الحَاكِمِ، فَيُجْبَرُ الثَّلَاثَةُ عَلَى أَنْ يُطَلِّقَهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ طَلْقَةً وَاحِدَةً، ثُمَّ يَقْتَرِعُ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ عَلَى الْأَلْفِ، فَأَيُّهُمْ كَانَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ أَخَذَ الْأَلْفَ، ثُمَّ يُقَالُ لِلْمَرْأَةِ: تَزَوَّجِي أَيَّهُمْ شِئْتِ إِنْ أَحْبَبْتِ.

فَإِنْ كَانَتْ هَذِهِ الحِكَايَةُ مُسْتَنَدَ الْقَاضِي فِي الحِكَايَةِ عَنِ النَّجَّادِ فَقَدْ وَهَمَ فِي تَسْمِيَتِهِ؛ فَإِنَّ الحِكَايَةَ عَنْ أَبِي عَلِيٍّ وَنَسَبَهَا هُوَ إِلَى أَبِي بَكْرِ بْنِ سُلَيْمَانَ، وَلَيْسَتِ المَسْأَلَةُ فِي نِكَاحَيْنِ مُشْتَبِهَيْنِ، بَلْ فِي دَعْوَى الْقُرْعَةِ فِيهَا، إِنَّمَا هِيَ لِلْمَالِ لَا لِمَحَلِّ الْبُضْعِ، فَلَا يَصِحُّ مَا حَكَاهُ الْقَاضِي عَنْ أَبِي بَكْرٍ النَّجَّادِ بِالْكُلِّيَّةِ، فَلْيُحَقَّقْ ذَلِكَ.

وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ: يُفْسَخُ النِّكَاحَانِ جَمِيعًا، ثُمَّ تَتَزَوَّجُ مَنْ شَاءَتْ مِنْهُمَا أَوْ مِنْ

غَيْرِهِمَا إِذَا شَاءَتْ، نَقَلَـهَا أَبُو الحَارِثِ وَمُهَنَّا، وَهِيَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْـرٍ فِي خِلَافِـهِ وَالخِرَقِيِّ.

وَحَكَى ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي المَسْأَلَةِ رِوَايَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: يَبْطُلُ النِّكَاحَانِ.

وَالثَّانِيَةُ: يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ فَهِيَ لَهُ.

قَالَ: وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ وَأَصَحُّ، وَظَاهِرُهُ أَنَّ النِّكَاحَيْنِ يَبْطُلَانِ مِنْ غَيْرِ فَسْخٍ، وَيَشْهَدُ لَهُ مَا نَقَلَهُ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ فِي وَلِيَّيْنِ زَوَّجَا امْرَأَةً لَا تَدْرِي أَيُّهُمَا زَوَّجَ قَبْلُ، قَالَ: مَا أَرَى لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا هَاهُنَا نِكَاحًا، وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ حَكَى ذَلِكَ وَجْهًا، وَقَيَّدَهُ بِمَا إِذَا أَمْكَنَ وُقُوعُهُمَا مَعًا، وَقَدْ جَعَلَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ المَذْهَبَ كَذَلِكَ. وَأَمَّا إِنْ عُلِمَ وُقُوعُهُمَا مَعًا فَهُمَا جَمِيعًا بَاطِلَانِ غَيْرُ مُنْعَقِدَيْنِ.

وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَفِي كِتَابِ الرِّوَايَتَيْنِ أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ مَا لَوْ وَقَعَا مُتَرَتِّبَيْنِ وَجُهِلَ أَسْبَقُهُمَا، وَفِيهِ الرِّوَايَتَانِ.

قَالَ أَبُو الْبَرَكَاتِ: وَهَذَا لَا وَجهَ لَهُ، وَلَعَلَّهُ خَرْقُ الْإِجْمَاعِ، فَأَمَّا حُكْمُ المَهْرِ فِي هَذَيْنِ النِّكَاحَيْنِ الْمُشْتَبِهَيْنِ، فَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُهُ، وَإِنَّ فِي وُجُوبِ نِصْفِ المَهْرِ عَلَى مَنْ تَخْرُجُ الْقُرْعَةُ عَلَيْهِ مِنْهُمَا وَجْهَيْنِ، فَإِنْ مَاتَتِ المَرْأَةُ قَبْلَ الْفَسْخِ فَفِي الْمُغْنِي احْتِمَالَانِ:

أَحَدُهُمَا: يُوقَفُ نِصْفُ مِيرَاثِهَا أَوْ رُبُعُهُ حَتَّى يَصْطَلِحَا عَلَيْهِ.

وَالثَّانِي: يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ حَلَفَ أَنَّهُ الْمُسْتَحِقُّ وَوَرِثَ.

قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: وَكِلَا الْوَجْهَيْنِ لَا يُخَرَّجُ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَأَمَّا الْأَوَّلُ فَلِأَنَّا لَا نَقِفُ الْخُصُومَاتِ قَطُّ.

وَأَمَّا الثَّانِي فَكَيْفَ يَحْلِفُ مَنْ قَالَ: لَا أَعْرِفُ الْحَالَ؟ وَإِنَّمَا الْمَذْهَبُ عَلَى رِوَايَةِ الْقُرْعَةِ: أَيُّهُمَا قرعهُ فَلَهُ الْمِيرَاثُ بِلَا يَمِينٍ، وَأَمَّا عَلَى قَوْلِنَا: لَا يُقْرَعُ، فَإِذَا قُلْنَا: إِنَّهَا تَأْخُذُ مِنْ أَحَدِهِمَا نِصْفَ الْمَهْرِ بِالْقُرْعَةِ، فَكَذَلِكَ يَرِثُهَا أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ بِطَرِيقِ الْأَوْلَى، وَأَمَّا إِنْ قُلْنَا: لَا مَهْرَ، فَهُنَا قَدْ يُقَالُ بِالْقُرْعَةِ أَيْضًا. انْتَهَى.

وَإِنْ مَاتَ الزَّوْجَانِ جَمِيعًا، فَلَهَا رُبُعُ مِيرَاثِ أَحَدِهِمَا، فَإِنِ اتَّفَقَتْ مَعَ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ قَبْلَ مَوْتِهِ، أَوْ مَعَ وَرَثَتِهِ أَنَّهُ هُوَ السَّابِقُ، فَالْمِيرَاثُ لَهَا مِنْهُ بِغَيْرِ إِشْكَالٍ، وَإِنِ ادَّعَتْ أَنَّ أَحَدَهُمَا هُوَ السَّابِقُ وَأَنْكَرَ هُوَ أَوْ وَرَثَتُهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمْ مَعَ أَيْمَانِهِمْ، فَإِنْ نَكَلُوا قَضَى عَلَيْهِمْ، وَإِنْ لَمْ تُقِرَّ الْمَرْأَةُ بِسَبْقِ أَحَدِهِمَا فَفِي الْمُغْنِي احْتِمَالَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَحْلِفَ وَرَثَةُ كُلٍّ مِنْهُمَا وَيَبْرَأَ.

وَالثَّانِي: يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ فَلَهَا رُبُعُ مِيرَاثِهِ.

وَهَذَا الْوَجْهُ الثَّانِي يَتَعَيَّنُ فِيمَا إِذَا أَنْكَرَ الْوَرَثَةُ الْعِلْمَ بِالْحَالِ، وَيَشْهَدُ لَهُ نَصُّ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ وَغَيْرِهِ فِيمَنْ زَوَّجَ إِحْدَى بَنَاتِهِ مِنْ رَجُلٍ ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ، ثُمَّ مَاتَ الزَّوْجُ، وَلَمْ يُعْلَمْ عَيْنُ الزَّوْجَةِ، أَنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُنَّ، فَأَيَّتُهُنَّ أَصَابَتْهَا الْقُرْعَةُ فَهِيَ الَّتِي تَرِثُهُ.

وَقَدْ ذَكَرَ ذَلِكَ صَاحِبُ الْمُغْنِي أَيْضًا فِيمَا إِذَا ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ السَّابِقُ بِالْعَقْدِ، وَلَمْ يُقِرَّ الْوَاحِدُ مِنْهُمَا بِذَلِكَ، ثُمَّ مَاتَا، أَنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا، وَيَكُونُ لَهَا مِيرَاثُ مَنْ تَقَعُ الْقُرْعَةُ عَلَيْهِ، وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ خِلَافًا.

وَمِنْهَا: إذَا أَسْلَمَ عَلَى أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، ثُمَّ طَلَّقَ الجَمِيعَ ثَلَاثًا، فَالمَشْهُورُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ يَخْرُجُ مِنْهُنَّ أَرْبَعٌ بِالْقُرْعَةِ، فَيَكُنَّ الْمُخْتَارَاتِ، وَلَهُ نِكَاحُ الْبَوَاقِي بَعْدَ عِدَّةِ الْأَرْبَعِ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الطَّلَاقَ اخْتِيَارٌ، وَالْقُرْعَة لَـهَا مَدْخَلٌ فِي تَعْيِينِ الْمُطَلَّقَاتِ الْمُبْهَمَاتِ، فَيُمَيَّزْنَ بِالْقُرْعَةِ، وَيُحْكَمُ بِاخْتِيَارِهِنَّ، وَيَنْفَسِخُ نِكَاحُ الْبَوَاقِي بِغَيْرِ طَلَاقٍ، فَيُبَاحُ لَهُ نِكَاحُهُنَّ بِدُونِ زَوْجٍ وَإِصَابَةٍ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّةِ الْبَوَاقِي.

وَقَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ: يُطَلَّقُ الجَمِيعَ ثَلَاثًا؛ لِأَنَّ نِكَاحَهُنَّ ثَابِتٌ لَمْ يُحْكَمْ بِفَسَادِهِ، فَيَلْحَقُهُنَّ الطَّلَاقُ الثَّلَاثُ، فَلَا يَنْكِحُ شَيْئًا مِنْهُنَّ إلَّا بَعْدَ زَوْجٍ وَإِصَابَةٍ.

وَهَذَا يَرْجِعُ إلَى أَنَّ الطَّلَاقَ فَسْخٌ وَلَيْسَ بِاخْتِيَارٍ، وَلَكِنْ يَلْزَمُ مِنْهُ أَنْ يَكُونَ لِلرَّجُلِ فِي الْإِسْلَامِ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعِ زَوْجَاتٍ يَتَصَرَّفُ فِيهِنَّ بِخَصَائِصِ مِلْكِ النِّكَاحِ مِنَ الطَّلَاقِ وَغَيْرِهِ، وَهُوَ بَعِيدٌ.

وَاخْتِيَارُ الشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ أَنَّ الطَّلَاقَ هُنَا فَسْخٌ، وَلَا يُحْسَبُ مِنَ الطَّلَاقِ الثَّلَاثِ، وَلَيْسَ بِاخْتِيَارٍ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَخْتَارَ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا فَإِنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُنَّ، فَيُوَرَّثُ أَرْبَعٌ مِنْهُنَّ بِالْقُرْعَةِ، وَأَمَّا الْعِدَّةُ فَفِيهَا وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: عَلَى الجَمِيعِ عِدَّةُ الْوَفَاةِ، قَالَهُ الْقَاضِي فِي الجَامِعِ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ وَالْكُلُّ مَحْبُوسَاتٌ عَلَى نِكَاحِهِ، فَكَانَ عَلَيْهِنَّ عِدَّةُ الْوَفَاةِ، وَإِسْلَامُهُ لَمْ يُوجِبِ الْبَيْنُونَةَ فِي الزَّائِدِ عَلَى الْأَرْبَعِ، بَلِ الْبَيْنُونَةُ تَقِفُ عَلَى اخْتِيَارِهِ، فَإِذَا اخْتَارَ فِي حَيَاتِهِ أَرْبَعًا فَعِدَّةُ الْبَوَاقِي مِنْ حِينِ الِاخْتِيَارِ عَلَى الْمَشْهُورِ، لَا مِنْ حِينِ الْإِسْلَامِ.

وَالثَّانِي، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنِ عَقِيلٍ وَصَاحِبِ الْمُغْنِي: أَنَّ عَلَيْهِنَّ أَطْوَلَ الْأَمْرَيْنِ مِنْ عِدَّةِ الْوَفَاةِ وَعِدَّةِ الْوَطْءِ، وَعَلَّلُوهُ بِأَنَّ أَرْبَعًا مِنْهُنَّ زَوْجَاتٌ وَالْبَوَاقِي مَوْطُوآتٌ بِشُبْهَةٍ، فَيَجِبُ عَلَى الْجَمِيعِ أَطْوَلُ الْعِدَّتَيْنِ لِتَبْرَأَ الذِّمَّةُ مِنَ الْعِدَّةِ الْوَاجِبَةِ بِيَقِينٍ.

وَهَذَا لَا يُخَرَّجُ إِلَّا عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ الْبَيْنُونَةَ ثَبَتَتْ بِالْإِسْلَامِ وَتَتَبَيَّنُ بِالِاخْتِيَارِ، فَإِذَا اخْتَارَ أَرْبَعًا فَعِدَّةُ الْبَوَاقِي مِنْ حِينِ إِسْلَامِهِ، وَأَمَّا إِذَا قُلْنَا: عِدَّتُهُنَّ مِنْ حِينِ اخْتِيَارِهِ فَهُنَّ زَوْجَاتٌ لَهُ حَتَّى يَخْتَارَ، فَلَا يَتَوَجَّهُ أَنْ يَجِبَ عَلَيْهِنَّ سِوَى عِدَّةِ الْوَفَاةِ، إِلَّا أَنْ يُقَالَ: إِنَّ نِكَاحَهُنَّ فِي حُكْمِ الْفَاسِدِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ اسْتِدَامَتُهُ بِحَالٍ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُثْبَتَ لَهُ خَصَائِصُ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ، وَيُجَابُ عَنْهُ بِأَنَّ النِّكَاحَ الْفَاسِدَ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ الْمَوْتُ أَوْجَبَ عِدَّةَ الْوَفَاةِ عَلَى الْمَنْصُوصِ، فَهَذَا أَوْلَى.

وَيَلْتَحِقُ بِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مَا إِذَا طَلَّقَ وَاحِدَةً مُبْهَمَةً أَوْ مُعَيَّنَةً، ثُمَّ أُنْسِيَهَا، ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ الْقُرْعَةِ فَإِنَّا نُقْرِعُ بَيْنَهُنَّ، وَتَخْرُجُ الْمُطَلَّقَةُ بِالْقُرْعَةِ، وَيُورَثُ الْبَوَاقِي كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ.

وَأَمَّا الْعِدَّةُ فَذَكَرَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ عِدَّةُ الْوَفَاةِ، إِنْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهِنَّ يَسْقُطُ الْفَرْضُ بِيَقِينٍ، وَإِنْ دَخَلَ بِهِنَّ لَزِمَهُنَّ أَطْوَلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ عِدَّةِ الطَّلَاقِ وَمِنْ حِينِهِ، وَعِدَّةُ الْوَفَاةِ مِنْ حِينِهَا؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ مُطَلَّقَةً وَأَنْ تَكُونَ زَوْجَةً، فَلَا تَبْرَأُ الذِّمَّةُ بِدُونِ ذَلِكَ.

وَهَذَا يُخَالِفُ الْمَنْصُوصَ عَنْ أَحْمَدَ؛ فَإِنَّهُ نَصَّ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ أَنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُنَّ، فَأَيَّتُهُنَّ أَصَابَتْهَا الْقُرْعَةُ لَمْ تُوَرَّثْ وَلَمْ تَعْتَدَّ، وَمُرَادُهُ أَنَّهَا لَمْ تَعْتَدَّ عِدَّةَ الْوَفَاةِ.

وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْعِدَّةَ تَابِعَةٌ لِلْمِيرَاثِ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَـهَا قُرْعَةُ الطَّلَاقِ فَلَيْسَ عَلَيْهَا سِوَى عِدَّةِ الطَّلَاقِ مِنْ حِينِهَا، وَعَلَى الْبَوَاقِي عِدَّةُ الْوَفَاةِ مِنْ حِينِهَا؛ لِأَنَّ الْقُرْعَةَ بَيِّنَةٌ شَرْعِيَّةٌ، وَقَدْ حَكَمْنَا بِحِلِّ الْبُضْعِ بِهَا كَمَا سَبَقَ، فَجَازَ أَنْ يَبْتَنِيَ عَلَيْهَا حُكْمُ الْعِدَّةِ؛ لِأَنَّهَا مِنْ تَوَابِعِ الطَّلَاقِ وَلَوَازِمِهِ.

فَعَلَى هَذَا الْمَنْصُوص يَتَخَرَّجُ فِي مَسْأَلَةِ مَنْ أَسْلَمَ عَلَى أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعٍ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَخْتَارَ مِنْهُنَّ أَنْ يُقْرِعَ بَيْنَ أَرْبَعٍ مِنْهُنَّ، فَيَكُنَّ الْمُخْتَارَاتِ، وَتَلْزَمُهُنَّ عِدَّةُ الْوَفَاةِ مِنْ حِينِهَا، وَيَلْزَمُ الْبَوَاقِيَ عِدَّةُ الْوَطْءِ مِنْ حِينِ الْإِسْلَامِ إِذَا قُلْنَا: إِنَّ عِدَّتَهُنَّ مِنْ حِينِ الْإِسْلَامِ، وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي عَلَى الْجَمِيعِ أَطْوَلُ الْأَجَلَيْنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَصْدَقَ الزَّوْجَةَ عَبْدًا مِنْ عَبِيدِهِ، فَحَكَى طَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ فِي الْمَسْأَلَةِ رِوَايَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنَّهُ يُعَيَّنُ بِالْقُرْعَةِ.

وَالثَّانِيَةُ: لَـهَا الْوَسَطُ مِنْهُمْ، وَخَرَّجَ ابْنُ عَقِيلٍ فِيهَا وَجْهَيْنِ آخَرَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُعْطِيهَا مَا يَخْتَارُهُ هُوَ.

وَالثَّانِي: يُعْطِي مَا تَخْتَارُهُ هِيَ.

وَاخْتَارَ أَنَّهُمْ إِنْ تَسَاوَوْا فَلَهَا وَاحِدٌ بِالْقُرْعَةِ، وَإِلَّا فَلَهَا الْوَسَطُ.

وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي ذَلِكَ مَا نَقَلَهُ عنه مُهَنّا فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى عَبْدٍ مِنْ عَبِيدِهِ، فَقَالَ: أُعْطِيهَا مِنْ أَحْسَنِهِمْ؟ قَالَ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، وَلَكِنْ يُعْطِيهَا

مِنْ أَوْسَطِهِمْ، فَقُلْت لَهُ: تَرَى أَنْ يُقْرِعَ بَيْنَهُمْ؟ قَالَ: نَعَمْ. فَقُلْتُ: تَسْتَقِيمُ الْقُرْعَةُ فِي هَذَا؟ قَالَ: نَعَمْ، يُقْرِعُ بَيْنَ الْعَبِيدِ، وَتَأَوَّلَ أَبُو بَكْرٍ هَذَا عَلَى أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عَلَى عَبْدٍ مُعَيَّنٍ وَاشْتَبَهَ، قَالَ الْقَاضِي: وَلَا يَصِحُّ هَذَا التَّأْوِيلُ؛ لِأَنَّهُ قَالَ: يُعْطِي وَسَطَهُمْ، وَلَوْ كَانَ مُعَيَّنًا لَمْ يَعْتَبِرِ الْأَوْسَطَ، وَنَقَلَ عَنْهُ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ: يُقَوَّمُ الْخَادِمُ وَسَطًا عَلَى قَدْرِ مَا يُخْدَمُ مِثْلُهَا.

وَمِنْهَا: إِذَا دَعَاهُ اثْنَانِ إِلَى وَلِيمَةِ عُرْسٍ، وَاسْتَوَيَا فِي الصِّفَاتِ الْمُرَجِّحَةِ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا.

وَمِنْهَا: إِذَا زُفَّتْ إِلَيْهِ امْرَأَتَانِ مَعًا، فَإِنَّهُ يُقَدِّمُ إِحْدَاهُمَا بِالْقُرْعَةِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَرَادَ السَّفَرَ بِإِحْدَى زَوْجَاتِهِ أَوِ الْبَدَاءَةَ بِهَا، لَمْ يَجُزْ بِدُونِ قُرْعَةٍ، إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْبَوَاقِي بِذَلِكَ.

وَمِنْهَا: لَوْ طَلَّقَ امْرَأَةً مِنْ نِسَائِهِ مُبْهَمَةً، بِأَنْ قَالَ لِامْرَأَتَيْهِ: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ، وَلَمْ يَنْوِ مُعَيَّنًا، فَإِنَّهُ يُعَيِّنُ الْمُطَلَّقَةَ بِالْقُرْعَةِ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ جَمَاعَةٍ، وَفِيهِ رِوَايَةٌ ثَانِيَةٌ أَنَّ لَهُ تَعْيِينَهَا بِاخْتِيَارِهِ، وَتَوَقَّفَ أَحْمَدُ مَرَّةً فِيهَا فِي رِوَايَةِ أَبِي الْحَارِثِ[١].

---

[١] وهذا ما لم ينوِ إحداهما، فإذا نَوَى فعلى ما نَوَى، لكن إذا أَبْهَمَ فهذا فيه الأقوالُ الثلاثةُ.

وإذا سأل سائلٌ: إِذَا زُفَّتْ إِلَيْهِ امْرَأَتَانِ مَعًا، فماذا يفعل؟

فالجواب: سواء عَقَدَ عليهما معًا، أو عَقَدَ على واحدةٍ قبلَ الأُخْرَى، فإنه يُقْرِعُ بينهما.

وَمِنْهَا: إِذَا طَلَّقَ وَاحِدَةً مُعَيَّنَةً مِنْ نِسَائِهِ، ثُمَّ أُنْسِيهَا، أَوْ جَهِلَهَا ابْتِدَاءً، كَمَنْ قَالَ: إِنْ كَانَ هَذَا الطَّائِرُ غُرَابًا فَفُلَانَةُ طَالِقٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ غُرَابًا فَفُلَانَةُ طَالِقٌ، فَطَارَ وَلَمْ يَعْرِفْ مَا كَانَ، فَالمَشْهُورُ أَيْضًا أَنَّهَا تُعَيَّنُ بِالْقُرْعَةِ، وَيَحِلُّ لَهُ الْبَوَاقِي.

كَمَا أَنَّهُ لَوْ أَعْتَقَ أَمَةً مِنْ إِمَائِهِ وَأُنْسِيَهَا عَيَّنَهَا بِالْقُرْعَةِ، وَحَلَّ لَهُ الْبَوَاقِي؛ لِأَنَّ الْقُرْعَةَ قَامَتْ مَقَامَ الشَّاهِدِ وَالْمُخْبِرِ لِلضَّرُورَةِ، وَالشَّارِعُ لَمْ يُكَلِّفِ الْعِبَادَ بِمَا فِي نَفْسِ الْأَمْرِ، بَلْ بِمَا ظَهَرَ وَبَدَا، وَإِنْ كَانَ مُخَالِفًا لِمَا فِي نَفْسِ الْأَمْرِ، وَالمَجْهُولُ كَالمَعْدُومِ مَا دَامَ مَجْهُولًا، فَإِذَا عُلِمَ ظَهَرَ حُكْمُهُ؛ كَالِاجْتِهَادِ مَعَ النَّصِّ، وَالتَّيَمُّمِ مَعَ المَاءِ[١].

وإذا قال قائل: وكيف يَقْسِم بينَهما؟

فالجواب: يأخذ لهذه يومًا، ولهذه يومًا؛ لأنه لم يَتَزَوَّجْ إحداهما على الأخرى، أو يُقَال في هذه الحالِ: يُقدِّمُ مَنْ زُفَّتْ إليه في هذه اللَّيلةِ، ثُمَّ يَرجع إلى القِسْمةِ لهما معًا، لكن الظَّاهر أنه يجعلُ لهذه لَيْلَةً ولهذه لَيْلَةً، هذا أقرب شيء.

[١] هذا طلاقٌ، لكن لم يُعيِّن واحدةً باختيارِهِ، فيُقرِع بينهما.

وإذا سأل سائل: وهل مَنْ خرجتْ قُرْعَتُها طلاقها جَديدٌ أم مَبْنِيٌّ على الأوَّل؟

فالجواب: مبنيٌّ على الأوَّل، ولا يحتاج إلى إعادةِ طلاقٍ؛ لأنه سبقَ.

ويُلاحَظ هاهنا أنه قال: «إِنْ كَانَ هَذَا الطَّائِرُ غُرَابًا فَفُلَانَة طَالِقٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ غُرَابًا فَفُلَانَة طَالِقٌ»، لكن لو قال: إِنْ كَانَ حمامًا ففلانةُ طالقٌ، وإِنْ كَانَ غرابًا فـفلانةُ طالقٌ، وما عرَّف هـذا ولا هذا، فـالفرق بينهما: أنَّه على الأوَّل لا بُدَّ

وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ صَرِيحًا عَلَى هَذَا فِي رِوَايَةِ الجَمَاعَةِ، وَعَنْ أَحْمَدَ: لَا يُقْرَعُ بَلْ يُوقَفُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ.

قَالَ الشَّالَنْجِيُّ: سَأَلْتُ أَحْمَدَ عَنِ الرَّجُلِ يُطَلِّقُ امْرَأَةً مِنْ نِسَائِهِ وَلَا يَعْلَمُ أَيَّتَهُنَّ طَلَّقَ؟ قَالَ: أَكْرَهُ أَنْ أَقُولَ فِي الطَّلَاقِ بِالْقُرْعَةِ. قُلْتُ: أَرَأَيْتَ إِنْ مَاتَ هَذَا؟ قَالَ: أَقُولُ بِالْقُرْعَةِ، أَيْ لِأَجْلِ المِيرَاثِ بَعْدَ المَوْتِ.

وَهَذِهِ اخْتِيَارُ صَاحِبِ الْمُغْنِي، وَالمَذْهَبُ الْأَوَّلُ[١].

أَنْ تَطْلُقَ إِحْداهُمَا؛ لأنه إما غراب وإما غير غرابٍ، وعلى الثَّاني فلا يَلزَمُ أنْ تَطْلُقَ واحدةٌ منهما؛ لا فلانة ولا فلانة؛ لأنه قد لا يكون غرابًا ولا حمامًا.

[١] المَذْهَبُ الأوَّلُ والأصحُّ؛ لأنَّ إبقاءَ الأمرِ حَتَّى يَتبَيَّنَ مع تَعَذُّرِ هذا التَّبيُّن صعبٌ، وإنْ كَانَ لا يَتعذَّر، ربما يتابع هذا الطَّائر حَتَّى يقعَ أو يُقتلَ ويُعرَف، لكن هذا فيه مَشَقَّة شديدة، والصواب أنه يُقرِع بينهما. والفُقَهاءُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ يَتكلَّمون في أشياءَ قد تقعُ وقد لا تقعُ، ولزومُ التَّبيُّن في حالين: أنْ تكونَ طاعة حاكمٍ، أو أنْ تتزوَّجَ.

وإذا سأل سائل: وهل يُقرِع بينهنَّ إذا تزوَّج الخامسة؟

فالجواب: لا، زواجه من الخامسةِ فاسدٌ؛ لأنه لَا بُدَّ أنْ يطلقَ قبل أنْ يتزوجَ، وهذا السؤال يذكرنا بِحِمار الحَكِيم توما(١):

قَـــالَ حِمَـــارُ الحَكِـــيمِ تُومَـــا … لو أنصفَ الدهرُ كنتُ أرْكَـبُ
لأنَّنـــــي جَاهـــــلٌ بَســـــيطٌ … وَصَـــاحِبِي جاهـــلٌ مُركَّـــبُ

---

(١) نهاية الأرب (١٠/ ١٠٠).

وَعَلَيْهِ فَلَوْ ذَكَرَ أَنَّ المُطَلَّقَةَ غَيْرُ مَنْ أَصَابَتْهَا الْقُرْعَةُ، وَأَنَّهُ يَذْكُرُ ذَلِكَ، لَزِمَهُ الطَّلَاقُ فِيهَا. وَهَلْ تَرْجِعُ الَّتِي وَقَعَتْ عَلَيْهَا الْقُرْعَةُ؟

تَوَقَّفَ فِيهِ أَحْمَدُ مَرَّةً. وَقَالَ فِي رِوَايَةِ المَيْمُونِيِّ: إِنْ كَانَتْ تَزَوَّجَتْ لَمْ تَرْجِعْ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ حَقَّ الزَّوْجِ الثَّانِي تَعَلَّقَ بِهَا، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي إِسْقَاطِ حَقِّهِ وَفَسْخِ نِكَاحِهِ، وَإِنْ لَمْ تَتَزَوَّجْ فَإِنْ كَانَتِ الْقُرْعَةُ بِفِعْلِ الحَاكِمِ لَمْ تَرْجِعْ إِلَيْهِ أَيْضًا، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ المَيْمُونِيِّ أَيْضًا.

قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى: وَهُوَ يَرْجِعُ إِلَى أَنَّ حُكْمَ الحَاكِمِ لَهُ تَأْثِيرٌ فِي التَّحْرِيمِ. وَفِيمَا قَالَهُ نَظَرٌ، بَلِ الظَّاهِرُ أَنَّهُ يَرْجِعُ إلى أَنَّ فِعْلَ الحَاكِمِ حُكْمٌ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُ الزَّوْجِ فِيمَا يَرْفَعُ فِعْلَ الحَاكِمِ؛ لِأَنَّ تَعَلُّقَ حُكْمِ الحَاكِمِ كَتَعَلُّقِ حُكْمِ الزَّوْجِ وَأَوْلَى، وَإِنْ لَمْ تَكُنِ الْقُرْعَةُ مِنَ الحَاكِمِ رَجَعَتْ إِلَيْهِ.

وإذا سأل سائل: هل يجوز قول مثل هذا الكلام؟

فالجواب: لا، هو على كُلِّ حالٍ هذا يُنقَل على لسانِ الحِمار، هذه الكلمة لَا شَكَّ أنها على ظاهرها لا تجوزُ؛ لأنَّ مدبِّرَ الكون هو اللهُ عَزَّوَجَلَّ، لكنها تقالُ على لسانِ الشُّعراء كثيرًا، وكأنه عدلٌ عن أنْ يقولَ مثلًا: أنصفَ اللهُ؛ لأنَّ هذا أيضًا لا يجوزُ أكثر وأكثر، فقال: لو أنصفَ الدَّهرُ، فنحن نروي ما سمِعنا، وحاكي الكُفْر ليس بكافرٍ، وحاكي الشِّرك ليسَ بمشركٍ.

وإذا قال قائل: هل يجوز أنْ نقولَ: إنَّ للقدر مَشيئة؟

فالجواب: أنَّ هذا لا يجوزُ أيضًا؛ لأنَّ القدرَ ليسَ له مشيئةٌ، المشيئة للهِ عَزَّوَجَلَّ.

نَصَّ عَلَيْهِ أَيْضًا؛ لِأَنَّ إِخْبَارَهُ بِذَلِكَ مَقْبُولٌ قَبْلَ الْقُرْعَةِ، فَكَذَلِكَ بَعْدَهَا، إِلَّا أَنْ يَتَضَمَّنَ إِبْطَالَ حَقٍّ لِغَيْرِهِ، وَلَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ هُنَا.

وَعَنْ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ حَامِدٍ: لَا تَرْجِعُ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِي نَفْيِ الطَّلَاقِ عَنْهَا، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِ[١].

وَمِنْهَا: لَوْ رَأَى رَجُلَانِ طَائِرًا، فَقَالَ أَحَدُهُمَا: إِنْ كَانَ غُرَابًا فَامْرَأَتِي طَالِقٌ ثَلَاثًا، وَقَالَ الْآخَرُ: إِنْ لَمْ يَكُنْ غُرَابًا فَامْرَأَتِي طَالِقٌ ثَلَاثًا، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

---

[١] إذن إذا ذكر بعدَ القُرعة أنَّ المطلَّقَةَ غير الَّتِي وَقَعَتْ عليها القُرعةُ، فالمطلَّقةُ الَّتِي ذكر أنها هي المرادةُ تَطْلُق ولَا شَكّ، لكن يَبقَى الزَّوْجة الأخرى الَّتِي وقعتْ عليها القرعةُ هل ترجع إليه أم لا؟ نقول: لـها ثلاثُ حالاتٍ:

الحال الأولَى: تتزوج، فلا تَرجع إليه؛ لأنَّ إرجاعَها إليه يَتَضَمَّن إسقاط حقِّ الزَّوْج الثَّاني بلا بيِّنة.

الحال الثَّانِيَة: أنْ تكونَ القُرعة بحاكمٍ، يعني الَّذِي أقرعَ بين الزَّوْجتينِ هو الحاكمُ، فلا ترجع إليه أيضًا؛ لأنَّ قرعةَ الحاكمِ حكمٌ، فلا يُنقَض حكمُ الحاكمِ بمجرَّد دَعوى هذا الرَّجُل.

الثالثة: ألَّا تتزوّجَ، ولا تكون القُرعة بالحاكمِ فإنَّها ترجع إليه.

إلَّا أنَّ بعضَ العُلَماء قال: لا تَرجِع؛ لأنه مُتَّهم، وكيف يكون اتهامًا؟ قد يكون متَّهمًا لأنَّ القرعةَ وقعتْ على المرأةِ الَّتِي يُريدها، فيكون متَّهمًا. وهذا القولُ له وجهٌ إنْ كَانَ الاتهام له واردًا، وأمَّا إذا لم يكنْ واردًا فإنها تَرجعُ إليه.

أَحَدُهُمَا: يَبْنِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى يَقِينِ نِكَاحِهِ، وَلَا يُحْكَمُ عَلَيْهِ بِالطَّلَاقِ؛ وَلِأَنَّهُ مُتَيَقِّنٌ لِحِلِّ زَوْجَتِهِ شَاكٌّ فِي تَحْرِيمِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتِ الزَّوْجَتَانِ لِرَجُلٍ وَاحِدٍ، فَإِنَّهُ تَيَقَّنَ زَوَالَ النِّكَاحِ فِي إِحْدَى زَوْجَتَيْهِ؛ فَلِذَلِكَ عُيِّنَتْ بِالْقُرْعَةِ، وَهَذَا اخْتِيَارُ الْقَاضِي وَأَبِي الْخَطَّابِ وَكَثِيرٍ مِنَ الْمُتَأَخِّرِينَ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يُقْرِعُ بَيْنَهُمَا، فَمَنْ وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ طَلُقَتْ زَوْجَتُهُ، كَمَا لَوْ كَانَا لِرَجُلٍ وَاحِدٍ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الشِّيرَازِيِّ فِي الْإِيضَاحِ، وَابْنِ عَقِيلٍ، وَالْحُلْوَانِيِّ، وَفِي الْجَامِعِ لِلْقَاضِي أَنَّهُ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ[١].

وَعَلَى الْأَوَّلِ فَمَنِ اعْتَقَدَ خَطَأَ الْآخَرِ دُونَهُ حَلَّ الْوَطْءُ، وَإِنْ شَكَّ وَتَرَدَّدَ كَفَّ عَنْهُ وُجُوبًا عِنْدَ الْقَاضِي وَوَرَعًا عِنْدَ ابْنِ عَقِيلٍ.

وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مَا رَوَاهُ ابْنُهُ عَبْدُ اللهِ؛ أَنَّهُ قَالَ: يَعْتَزِلَانِ نِسَاءَهُمَا حَتَّى يُتَيَقَّنَ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ حَكَمَ لِوُقُوعِ الطَّلَاقِ عَلَى أَحَدِهِمَا، وَلَكِنْ لَمْ تُخْرِجْهُ بِالْقُرْعَةِ كَمَا رَوَاهُ الشَّالَنْجِيُّ عَنْهُ، وَيَحْتَمِلُ -وَهُوَ الْأَظْهَرُ- أَنَّهُ مَنَعَ مِنَ الْوَطْءِ خَاصَّةً كَمَا قَالَهُ الْقَاضِي.

قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: تَأَمَّلْتُ نُصُوصَ أَحْمَدَ فَوَجَدْتُهُ يَأْمُرُ بِاعْتِزَالِ الرَّجُلِ امْرَأَتَهُ فِي كُلِّ يَمِينٍ حَلَفَ الرَّجُلُ عَلَيْهَا بِالطَّلَاقِ وَهُوَ لَا يَدْرِي أَهُوَ بَارٌّ فِيهَا أَمْ لَا، حَتَّى يَسْتَيْقِنَ أَنَّهُ بَارٌّ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ بَارٌّ اعْتَزَلَهَا أَبَدًا،........................

---

[١] هذا بخلافِ ما إذا كَانَ الزَّوجتانِ لِرَجُلٍ واحدٍ، والثَّاني يقول: له وجهانِ:

أَحَدُهُمَا: يَبْنِي على اليقينِ في كلِّ واحدةٍ، فلا تَطْلُق واحدةٌ منهما.

والثَّاني: يُقْرِعُ بينهما، كما لو كَانَا لرجلٍ واحدٍ.

وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ بَارٌّ فِي وَقْتٍ وَشَكَّ فِي وَقْتٍ اعْتَزَلَـهَا وَقْتَ الشَّكِّ.

وَحَاصِلُهُ أَنَّهُ مَتَى عَلَّقَ الطَّلَاقَ بِشَرْطٍ وَأَمْكَنَ وُجُودُهُ فَإِنَّهُ يَعْتَزِلُ امْرَأَتَهُ حَتَّى يُعْلَمَ انْتِفَاؤُهُ، نَصَّ عَلَى فُرُوعِ هَذَا الْأَصْلِ فِي مَوَاضِعَ[١].

مِنْهَا: إِذَا قَالَ: إِنْ كُنْتِ حَامِلًا فَأَنْتِ طَالِقٌ، يَعْتَزِلُهَا حَتَّى يُتَبَيَّنَ الحَمْلُ[٢].

---

[١] يُشْكَلُ علينا أَنَّه يَعْتَزِلُها دائمًا، فتَبْقَى لا مُطلَّقة ولا مَنكوحَة.

هذا الفَهْم لِكلامِ أحمدَ خُروجًا به عن ظَاهِرِهِ، وعلى كُلِّ حالٍ نقولُ: هذا حقيقة كَلامه، لكن لا نقولُ الكلام على ظَاهِرِهِ؛ لأنهم يَقولونَ: إنَّكم خَرَجْتُم به عن ظاهِرِهِ، هم يُسَمُّونَه مجازًا، وأنتم تُسمُّونه حقيقة، لا بأسَ، لكن يَتَرَتَّب عليها تغييرُ أحكامٍ شَرعيَّة وتغيير عَقائدَ.

نحن نقول: إنَّ السِّياقَ هو دليلٌ على أنه حقيقةٌ؛ لأنه لا بُدَّ أنْ يكونَ فيه قَرينة شَرعيَّة أو عُرْفِيَّة أو لَفْظيَّة تبيّن المعنى، فيكون حقيقةً.

ولا يَنبَغِي أَنْ يُفْتِيَ الناسَ إِلَّا مَن يَعرِف عُرْفَهم في إطلاقاتهِمْ، هناك كَلِمات تُعْتَبَرُ قَذفًا في لُغتنا، في عُرفنا، وتُعتبَر مدحًا في بعضِ البلادِ.

عندنا إذا قال: خَلَّى الرَّجُلُ امرأتَه، فهو طلاق صَريحٌ، مثل: طَلَّقَ، أو يَقول: خَلَّيْتُ، هذا مِثْل هذا، طلَّقَ أو يُطلِّق، لكنها في اللُّغة مجاز، فلَا بُدَّ من مَعرفةِ أعرافِ الناسِ.

[٢] كَوْنُه يَعْتَزِلها هذا إذا كَانَ الطَّلَاقُ بائنًا، فإنْ كَانَ غيرَ بائنٍ، وقال: إنه سَيُجَامِعُها إنْ كَانَ قد وَقَعَ عليها الطَّلاقُ، فهذه مراجعةٌ، وإنْ لم يقَعْ فهي زَوْجَته، فالظَّاهرُ أَنَّه لا يجوزُ الاعتزالُ إِلَّا إذا كَانَ طلاقًا بائنًا.

وَمِنْهَا: إِذَا وَكَّلَ وَكِيلًا فِي طَلَاقِ امْرَأَتِهِ، يَعْتَزِلُهَا حَتَّى يَدْرِيَ مَا يَفْعَلُ[١].

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ لَيْلَةَ الْقَدْرِ، يَعْتَزِلُهَا إِذَا دَخَلَ الْعَشْرُ الْأَوَاخِرُ لِإِمْكَانِ أَنْ تَكُونَ أَوَّلَ لَيْلَةٍ.

وَمِنْهَا: إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ مَوْتِي بِشَهْرٍ، فَإِنَّهُ يَعْتَزِلُهَا مُطْلَقًا، نَقَلَهُ عَنْهُ مُهَنَّا[٢].

وَمِنْهَا: مَسْأَلَةُ إِنْ كَانَ الطَّائِرُ غُرَابًا، وَهِيَ هَذِهِ المَسْأَلَةُ.

وَمِنْ مَسَائِلِ الْقُرْعَةِ: إِذَا قَالَ لِامْرَأَتِهِ: إِنْ وَلَدْتِ ذَكَرًا فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً، وَإِنْ وَلَدْتِ أُنْثَى فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَتَيْنِ، فَوَلَدَتْ ذَكَرًا وَأُنْثَى مُتَعَاقِبَيْنِ، وَأَشْكَلَ السَّابِقُ مِنْهُمَا، فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَقَعُ بِهَا وَاحِدَةٌ؛ لِأَنَّهُ اليَقِينُ، وَالزَّائِدُ عَلَيْهِ مَشْكُوكٌ فِيهِ فَيُلْغَى، كَمَا لَوْ طَلَّقَ وَشَكَّ هَلْ طَلَّقَ وَاحِدَةً أَوِ اثْنَتَيْنِ، ....

---

[١] هذا أيضًا كالأوَّل أو قريبٌ منه، إذا وكَّلَ وكيلًا يُطلِّق زَوْجَتَه، فله أنْ يَعزِلَ الوكيلَ، فيَعْزِل وكيلَه ويُجامِع، فإنْ كَانَ الطَّلاقُ بائنًا فإنه يَتوَقَّف؛ لاحتمالِ أنْ يكونَ الوكيلُ قد طلَّق، فإنْ كَانَ لم يُطلِّق عَزَلَهُ؛ لأنَّ الوكالةَ عقدٌ جائزٌ للمُوَكِّل؛ يعني يفسخها، وللوكيلِ أنْ يَفسَخَها.

[٢] لماذا؟ لأنَّ كلَّ وقتٍ مُمكِن أن يُطَلِّق، ولو نَعْلَمُ أنَّ قَصْدَهُ طَلاقُها فالطَّلاق يَقَعُ، لكنها تَرِثُ إذا كَانَ الطَّلاقُ بائنًا، على أنَّه قد يقولُ قائلٌ: إنَّه قبلَ موتِه بشهرٍ قد لا يُصَادِف مَرَضه، لكِنْ نَقول: تَقْييده قبل مَوتِه بشهرٍ يُفْهَمُ أنه قد يُريد أنْ يَحْرِمَها منَ الميراثِ؛ لأنه قبل موته بشهرٍ قد قرب منَ الآخرَةِ، فهو كمَنْ مَرِضَ مَرَضَ الموتِ.

وَهَذَا قَوْلُ أَبِي الخَطَّابِ وَرَجَّحَهُ صَاحِبُ المُغْنِي.

وَالثَّانِي: يُعَيِّنُ الْوَاقِعَ مِنْهُمَا بِالْقُرْعَةِ، قَالَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ: لِأَنَّهُ تَيَقَّنَ وُقُوعَ أَحَدِ المُعَلَّقَيْنِ، وَشَكَّ فِي عَيْنِهِ، فَمَيَّزَ بِالْقُرْعَةِ، كَمَا لَوْ تَيَقَّنَ وُقُوعَ طَلَاقِ إِحْدَى الزَّوْجَتَيْنِ، وَشَكَّ فِي عَيْنِهَا.

وَمَأْخَذُ الخِلَافِ أَنَّ الْقُرْعَةَ لَا مَدْخَلَ لَهَا فِي إِلْحَاقِ الطَّلَاقِ المشْكُوكِ فِيهِ، وَلَها مَدْخَلٌ فِي تَعْيِينِ المَحَلِّ المُشْكِلِ عِنْدَ لُحُوقِ الطَّلَاقِ لِأَحَدِ الْأَعْيَانِ المُشْتَبِهَةِ، فَمَنْ قَالَ بِالْقُرْعَةِ هُنَا جَعَلَهَا لِتَعْيِينِ إِحْدَى الصِّفَتَيْنِ، وَجَعل وُقُوعَ الطَّلَاقِ لَازِمًا لِذَلِكَ، وَمَنْ مَنَعَهَا نَظَرَ إِلَى أَنَّ الْقَصْدَ بِهَا هُنَا هُوَ اللَّازِمُ، وَهُوَ الْوُقُوعُ، وَلَا مَدْخَلَ لِلْقُرْعَةِ فِيهِ، وَهَذَا أَظْهَرُ[١].

---

[١] نُلاحِظ أَنَّ هذا الفَرْقَ إنما يَنْبَنِي على القولِ بِتَعَدُّد الطَّلاقِ فيما إذا قالَ: أنتِ طَالقٌ طَلْقَتينِ، فمَن قالَ: إنَّه لا يَتعدَّد لم يَكُنْ بَيْنَ المسألتينِ فَرْقٌ، ويَقعُ عليها طَلقةٌ واحدةٌ.

فإذا قلنا بأنَّ الطَّلْقتينِ والثَّلاثَ واحدةٌ صارَ لا فرقَ، فتَطْلُقُ طَلْقَةً واحدةً فقطْ، سواء كانتِ الأُولَى هي الأُنثى أوِ الذَّكَر.

ومعلومٌ أنَّ القولَ الرَّاجِحَ هو أنَّ الطَّلاقَ المكرَّر طلاقٌ واحدٌ، سواء قال: أنتِ طالقٌ، طالقٌ، طالقٌ، أو قال: أنتِ طالقٌ طلقتينِ، أو أنتِ طالقٌ ثلاثًا، فالحُكْم واحدٌ، فلا تطلُق إلَّا واحدة.

هذا هو القول الرَّاجحُ الَّذِي اختارَه شيخُ الإسلامِ رَحِمَهُ اللَّهُ ونصرَه، وعليه يدلُّ حديثُ ابنِ عبَّاس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قـال: «كَانَ الطَّلَاقُ عَلَى عَهْـدِ رَسُـولِ اللهِ ﷺ وَأَبِي بَكْرٍ،

وَسَنَتَيْنِ مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ طَلَاقُ الثَّلَاثِ وَاحِدَةٌ، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: إِنَّ النَّاسَ قَدِ اسْتَعْجَلُوا فِي أَمْرٍ كَانَتْ لَهُمْ فِيهِ أَنَاةٌ، فَلَوْ أَمْضَيْنَاهُ عَلَيْهِمْ، فَأَمْضَاهُ عَلَيْهِمْ»[1] ولكن يُعلم أنَّ هناك فرقًا بين قوله: أنتِ طالقٌ، طالقٌ، طالقٌ، أو أنتِ طالقٌ، أنتِ طالقٌ، أنتِ طالقٌ، فالأوَّل لا تَقَعُ به الثلاثُ إلَّا إذا نَوَى، والثَّاني تقعُ به الثلاثُ سواءٌ نوَى الثلاثَ أو لم ينوِ إلَّا أنْ ينويَ توكيدًا يصحّ، أو إفهامًا.

وعلى هذا إذا جاءَ إنسانٌ يسأَلُ يقولُ: إنَّه قال لزوجتِهِ: أنتِ طالقٌ، طالقٌ، طالقٌ، وقال: أَفْتُوني.

على رأيِ أكثرِ العُلَماءِ، نقول: طلُقت زوجتُك ثلاثًا.

ونحن نقولُ له: لا، أنتَ لم تنوِ بقولِكَ: طالقٌ، طالقٌ، طالقٌ، قلنا: زوجتك طلُقت واحدةً فقطْ، حَتَّى على المذهَب.

فإنْ قال: أنتِ طالقٌ، أنتِ طالقٌ، أنتِ طالقٌ، إما نقول: طلُقت ثلاثًا، لكن لو سألناه وقلنا: ماذا أردتَ؟ وقال: أنا ما أردتُ ذلك، قلنا: إذَنَ لا يَقع إلَّا واحدةٌ.

فإنْ قال: أنا لم أُرِدِ التَّوكيدَ، لكن أردتُ إفهامًا؛ لأنَّ زوجتي ضعيفٌ سَمْعُهَا فقلتُ: أنتِ طالقٌ، فخِفْتُ أنها ما سَمِعَتْ فقلتُ: أنتِ طالقٌ، فالحُجَّة أنَّها ما سمِعتْ: أنتِ طالق، هذه واحدةٌ؛ لأنه أرادَ التَّوكيدَ أوِ الإفهامَ هنا، فيُقال: أنتِ طالق، ثُمَّ طالق، ثُمَّ طالق، كم؟ ثلاثًا؛ لأنَّ (ثُمَّ) تجعل الثَّانيَ منفصِلًا عن الأوَّل.

أما القولُ الرَّاجحُ فالجميعُ واحدةٌ، حَتَّى لو أراد الطَّلاق فإنها واحدةٌ.

---

(١) أخرجه مسلم: كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، رقم (١٤٧٢).

وإذا قال قائل: هل هناك فرقٌ بينَ أنْ يقولَ: أنتِ طالقٌ ويُكَرِّرها ثلاثًا وبين أنْ يقولَ: أنتِ طالقٌ ثلاثًا؟

فالجوابُ: قال شيخُ الإسلامِ: لا أعلمُ أحدًا فرَّق بينَ قولِ الزَّوْجِ: أنتِ طالقٌ، أنتِ طالق، أنتِ طالق، وقولِهِ: أنتِ طالقٌ ثلاثًا.

وعلى القولِ الثابتِ، سواء أراد التَّوكيدَ أو أرادَ التَّخصيصَ، حَتَّى لو قال: أردتُ بهذا طلاقًا آخرَ، نقول له: ليس هناك طلاقٌ آخرُ، الطَّلاق يكون لغيرِ المطلَّقة، المطلَّقة طالق سواء قلتَ أم لم تَقُلْ، لكن لو قال: أردتُ التَّوكيدَ، يمكن أراد التَّوكيد، مثلما أقول: يا فلان الزَمْنِي الزَمْنِي الزَمْنِي؛ لأنَّني أُريد التَّوكيدَ.

وإذا سأل سائلٌ: أفلا يُمْكِن أنْ نتَّبعَ سُنَّة الرَّسول عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وسُنَّة عُمَر؟

فالجواب: أنَّ سُنَّة عمرَ لا تخالِف سُنَّة الرَّسولِ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ جعَلَها واحدةً في عصرٍ لم يَتَتَابَعِ الناسُ فيه، أو لم يَتَتَايَعِ الناسُ فيه، وعمرُ أَلْزَمَهُمْ بهذا لأنهم تَتَايَعُوا فيها، فأرادَ أنْ يؤدِّبَهم.

وإذا سأل سائل: أفلا يُمْكِن اليوم نجعله ثلاثًا؟

نقول: هذا رأيٌ وجيهٌ جِدًّا، وقد ذكرنا في الرِّسالةِ الَّتِي ألفناها في هذا المعنى، جَعَلنا هذا الاحتمالَ قويًّا أنْ يقولَ الإنسان: أتَّبع السُّنَّتين، السُّنّة النبويَّة والسُّنَّة العُمريَّة؛ لأنه لا تَخالفَ بينهما.

وأقول: إنَّ اختلافَ الفتوى باختلافِ الحالِ، وقلنا: إنَّ هذا قولٌ وجيهٌ، وهذا جيِّد، مثل أيضًا الآن الطَّلاق المعلَّق، يختلف حُكْمُه، فمَن جعَلَه يمينًا قال: فيه كفَّارة

وَمِنْ غَرَائِبِ مَسَائِلِ الْقُرْعَةِ فِي الطَّلَاقِ: إذَا قَالَ لِزَوْجَاتِهِ الْأَرْبَعِ: أَيَّتُكُنَّ لَمْ أَطَأْهَا اللَّيْلَةَ فَصَوَاحِبَاتُهَا طَوَالِقُ. وَلَمْ يَطَأْ تِلْكَ اللَّيْلَةَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ، فَالْمَشْهُورُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ أَنَّهُنَّ يُطَلَّقْنَ ثَلَاثًا ثَلَاثًا؛ لِأَنَّ شَرْطَ الطَّلَاقِ -وَهُوَ خُلُوُّ الْوَطْءِ فِي اللَّيْلَةِ- قَدْ تَحَقَّقَ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْهَا، فَإِذَا بَقِيَ جُزْءٌ مِنْهَا لَا يَتَّسِعُ لِلْإِيلَاجِ تَحَقَّقَ شَرْطُ طَلَاقِ الجَمِيعِ دُفْعَةً وَاحِدَةً، فَيُطَلَّقُ الجَمِيعُ ثَلَاثًا ثَلَاثًا؛........

يمينٍ، وهناك مَن جَعَلَه طلاقًا، والآن كثُر الطَّلاق المعلَّق عند الناسِ، كَانَ بالأوَّل لا يُعرَف أنَّ رجلًا قال لزوجتِه: أنتِ طالقٌ إنْ فعلتِ كذا، أو عليَّ الطَّلاق ما أفعلُ كذا، لم يكن ذلك مَعروفًا، ويَرَوْنَه شديدًا، لكن لَـمَّا أفتَوْا بأنَّه يَمينٌ صار الإنسانُ مرَّة يقول: أنتِ طالق إنْ لم تُحضِري كذا، فإنْ تأخَّرَتْ قليلًا عند العشاءِ قال: أنتِ طالق إنْ لم تأتِ بالعشاءِ، أنتِ طالق إنْ لم تأتِ بالفطور الساعة، كثُرت جدًّا.

ولهذا الإنسان يَتَرَدَّد الآن في إفتاء الناسِ بأنه يَمينٌ؛ نظرًا لكثرتِه في ألسنتهمْ، معَ العلمِ بأنَّ القولَ بأنه طلاقٌ وليس بيمينٍ قولُ عامَّة الأُمَّة وكُلّ الأئمَّة، الأئمة الأربعة كلهم يقولون: ليس فيه يمينُ طلاقٍ، هو طلاقٌ، وعامَّة الأُمَّة يعني العُلَماء المتَّبِعون لهؤلاء كلّهم يقولون: إنه طلاق، فالمسألة خطيرةٌ وينبغي لطالبِ العلمِ ألَّا يَجعلَ المسألةَ جبنة تُلحس أو زُبْدة تُلحس، الآن جعلها الناس زبدة تُلحس إذا جاء واحد يَسْأل حَتَّى لا تطلق زوجته قِيلَ له: كَفِّرْ كَفَّارة يمينٍ، والزَّوْجة زَوْجَتُك، سَهُلَ الأمر، يقول: كَفَّارة يمين، والزَّوْجة لا تذهب.

فمَعنى ذلك أنَّنا فَتَحْنا على الناسِ أبوابًا، فالحقيقةُ أنا شخصيًّا لا أُفتي الإنسانَ مباشرةً، أجعله يذهبُ ويأتي وينضجُ ويُقَبِّلُ الرَّأْسَ، وبعد يومين أو ثلاثة نُفتيه، لكن إذا جاء إنسان عرفتُ أنه نادمٌ وتائبٌ هذا نُفتيه.

لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ ثَلَاثَ صَوَاحِبَاتٍ لَمْ يَطَأْهُنَّ، فَاجْتَمَعَتْ شُرُوطُ وُقُوعِ الثَّلَاثِ عَلَيْهَا[١].

وَحَكَى أَبُو بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ فِي المَسْأَلَةِ وَجْهَيْنِ عَنِ الْأَصْحَابِ:

أَحَدُهُمَا: هَذَا.

وَالْآخَرُ -وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ أَوَّلًا وَجَزَمَ بِهِ- أَنَّ إِحْدَاهُنَّ تَطْلُقُ ثَلَاثًا، وَالْبَوَاقِي يُطَلَّقْنَ اثْنَتَيْنِ اثْنَتَيْنِ، وَعَلَّلَهُ بِأَنَّهُ لَـمَّا امْتَنَعَ عَنِ الْأُولَى طَلُقَتِ الثَّلَاثُ وَاحِدَةً وَاحِدَةً، فَلَمَّا امْتَنَعَ عَنِ الثَّانِيَةِ طَلُقَتِ الْأُولَى وَاحِدَةً وَالثَّالِثَةُ وَالرَّابِعَةُ ثِنْتَيْنِ ثِنْتَيْنِ، فَلَمَّا امْتَنَعَ عَنِ الثَّالِثَةِ طَلُقَتِ الْأُولَى اثْنَتَيْنِ وَالثَّانِيَةُ اثْنَتَيْنِ وَالثَّالِثَةُ كَذَلِكَ، وَبَانَتِ الرَّابِعَةُ، فَلَمَّا امْتَنَعَ عَنِ الرَّابِعَةِ امْتَنَعَ عَنْهَا، وَهِيَ غَيْرُ زَوْجَةٍ، فَلَمْ يَقَعْ بِالِامْتِنَاعِ فِيهَا طَلَاقٌ.

فَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ يَنْبَغِي أَنْ يُقْرِعَ بَيْنَهُنَّ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَـهَا قُرْعَةُ الثَّلَاثِ حَرُمَتْ بِدُونِ زَوْجٍ وَإِصَابَةٍ، وَمَلَكَ رَجْعَةَ الْبَوَاقِي.

وَشَرْحُ كَلَامِهِ: أَنَّهُ يَقْـدِرُ عَلَى الِامْتِنَاعِ مِنْ وَطْئِهِـنَّ مُرَتَّبًا؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِـنُ إِلَّا كَذَلِكَ، ....

---

[١] قال: أَيَّتُكُنَّ لَمْ أَطَأْهَا اللَّيْلَةَ فَصَوَاحِبَاتُهَا طَوَالِق، وطَلَعَ الفجرُ ولم يأتِ واحدةً، يقولُ المؤلِّفُ: كُلُّ واحدةٍ تَطْلُقُ ثَلاثًا ثلاثًا، وليسَ واحدة، هو لم يقُلِ الثلاث، لكن يقول: هذا الأولى، مثلًا لم يَطَأْ صاحبتها الثَّانِيَة ولا الثَّالِثَة ولا الرّابعة فَصَدَقَ عليه أنَّه طَلَّقها ثلاثًا؛ لأنه لم يَطَأِ الثلاثَ، وهذه منَ الغرائبِ، لكن التَّعليل الَّذِي ذَكَرُوه واضحٌ، إِلَّا أنه سَبَقَ لنا أَنَّا قُلنا: إنَّ الثلاثَ مَهْمَا كانتْ فهي واحدةٌ.

فَإِذَا بَقِيَ مِنَ اللَّيْلَةِ زَمَنٌ لَا يَتَّسِعُ لِلْإِيلَاجِ فِي أَرْبَعٍ فَقَدْ تَعَذَّرَ وَطْءُ الْأُولَى حِينَئِذٍ، فَتَطْلُقُ الثَّلَاثَةُ الْبَوَاقِي طَلْقَةً طَلْقَةً، فَإِذَا بَقِيَ زَمَنٌ لَا يَتَّسِعُ لِلْإِيلَاجِ فِي الثَّلَاثِ فَقَدْ تَعَذَّرَ وَطْءُ الثَّالِثَةِ، فَتَطْلُقُ بِهِ الْأُولَى وَالثَّانِيَةُ وَالرَّابِعَةُ طَلْقَةً طَلْقَةً، فَيَجْتَمِعُ عَلَى الْأُولَى وَالثَّانِيَةِ طَلْقَةٌ، وَعَلَى الثَّالِثَةِ وَالرَّابِعَةِ طَلْقَتَانِ، فَإِذَا بَقِيَ زَمَنٌ لَا يَتَّسِعُ لِلْإِيلَاجِ فِي اثْنَتَيْنِ فَقَدْ تَعَذَّرَ وَطْءُ الثَّالِثَةِ، فَتَطْلُقُ بِهِ الْأُولَى وَالثَّانِيَةُ وَالرَّابِعَةُ، فَيَجْتَمِعُ عَلَى الْأُولَى وَالثَّانِيَةِ طَلْقَتَانِ، وَعَلَى الرَّابِعَةِ ثَلَاثُ طَلَقَاتٍ، فَتَحْرُمُ حِينَئِذٍ وَتَخْرُجُ عَنِ الزَّوْجِيَّةِ، فَلَا يَبْقَى الِامْتِنَاعُ مِنْ وَطْئِهَا شَرْطًا لِطَلَاقِ صَوَاحِبَاتِهَا؛ لِأَنَّ تَقْدِيرَ الْكَلَامِ: أَيَّتُكُنَّ لَمْ أَطَأْهَا اللَّيْلَةَ وَهِيَ زَوْجَتِي، وَقَدْ تَعَذَّرَ ذَلِكَ فِي هَذِهِ الرَّابِعَةِ.

وَهَذَا قَدْ يَرْجِعُ إِلَى أَنَّهُ مَتَى حَلَفَ بِالطَّلَاقِ عَلَى فِعْلِ شَيْءٍ فِي وَقْتٍ مُتَّسِعٍ، فَتَعَذَّرَ فِعْلُهُ فِي آخِرِ أَجْزَاءِ ذَلِكَ الْوَقْتِ، أَنَّهُ لَا يَحْنَثُ؛ لِأَنَّ حِنْثَهُ إِنَّمَا هُوَ بِتَرْكِ ذَلِكَ فِي آخِرِ الْوَقْتِ، فَيَسْتَدْعِي وُجُودَ المَحْلُوفِ عَلَيْهِ حِينَئِذٍ.

وَالمَعْرُوفُ مِنَ المَذْهَبِ أَنَّهُ يَحْنَثُ فِي حَالِ التَّعَذُّرِ، كَمَا لَوْ حَلَفَ لَيَشْرَبَنَّ مَاءَ هَذَا الْكُوزِ الْيَوْمَ، فَتَلِفَ قَبْلَ مُضِيِّ الْيَوْمِ، فَإِنَّهُ يَحْنَثُ فِي الحَالِ، وَعَلَى مَا ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ لَا يَحْنَثُ.

وَقَالَ صَاحِبُ المُسْتَوْعِبِ: وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: الْأُولَى مِنْهُنَّ مَنْ كَانَ وَقْتُ الْيَمِينِ حَظَّهَا مِنَ الْقَسْمِ وَالثَّانِيَةُ الَّتِي تَلِيهَا[١].

---

[١] هذه كلُّها مَسائلُ فرضيَّة يَفْرِضها الفُقَهاءُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ للتمرُّنِ على القواعِدِ، وإلَّا فلا يُمْكِنُ أنْ تَقعَ إلَّا على وجهٍ بعيدٍ أنْ يقولَ: أَيَّتُكُنَّ لَمْ أَطَأْهَا اللَّيْلَةَ فصَوَاحِبَاتُها طَوَالِقُ، هذه بعيدةٌ، على كُلِّ حالٍ، وهذه من غرائبِ العِلْمِ، والمسألةُ

وَمِنْهَا: إِذَا ادَّعَى الزَّوْجُ الرَّجْعَةَ، وَالزَّوْجَةُ انْقِضَاءَ الْعِدَّةِ فِي آنٍ وَاحِدٍ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ مُدَّعٍ، وَهِيَ مُنْكِرَةٌ.

وَالثَّانِي: يُقْرِعُ بَيْنَهُمَا، فَمَنْ قُرِعَ لَهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ[١].

فيها هذا الخِلافُ الَّذِي ليسَ مَبنيًّا إلَّا على تعليلاتٍ، تعليلات قد تَكُونُ حاضرةً في ذِهْنِ المُطَلِّقِ، وقد لا تكون حاضرةً في ذِهْنِ المطلِّقِ، قد يكون قالَ هذا الكلامَ عن غيرِ قصدٍ.

وهي مسألةٌ قليلةُ الوُقُوعِ، لكن مَعناها إذا لم يَطَأْ وَاحدةً وصَوَاحبها طالق فمن هذه الواحدة؟ الَّذِي نَرَى في هذه المسألةِ أنَّه قطعًا لهذه التَّقديراتِ أنْ يُقْرِعَ بَينهنَّ لِيَعْرِفَ مَن كَانَ طلاقها بائنًا، وإنْ كَانَ طلاقها رَجْعِيًّا فالأمرُ فيه سهلٌ، حَتَّى لو قُدِّرَ وُقُوعُ الطَّلاقِ عليها فإنَّه يُراجعها، ولا يَظْهَرُ أيضًا الطَّلاقُ الثلاثُ؛ حَتَّى على تقدير المؤلِّف، وهو لم يقصدْ بذلك إطلاقًا.

[١] والصَّحِيحُ أنَّ الأصلَ في هذا الكلامِ عَدَمُ الرَّجْعَةِ، وقال بعضهم: الأصلُ عَدَمُ انقطاعِ العِدَّةِ، يعني إذا قال لزوجةٍ: أنا رَاجَعْتُكِ، فقدِ انقضتْ عِدَّتها، فهنا تعارضَ مُوجِبٌ للاستحقاقِ ونافي الاستحقاقِ، إذا انقضتْ عِدَّتُها فلا حقَّ للزَّوْجِ في الرَّجْعَةِ، وإذا راجعَ فلا يجوزُ قبلَ انقضاءِ العِدَّةِ، فهنا إذا تَنَاكَرَ الزَّوْجانِ فقال: إنِّي راجعتُكِ فقالت: قدِ انقضتْ عِدَّتِي، فما هو الأصلُ؟

فيه خلافٌ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ انقضاءِ العِدَّة، فتكون الرّجعةُ صحيحةً، وبعضُهم قال: الأصلُ عدمُ الرّجْعَة، فيكون انقضاءُ العِدَّة مانعًا منَ الرُّجوع، ولهذا

وَمِنْهَا: إِذَا آلَى مِنْ وَاحِدَةٍ مُعَيَّنَةٍ، وَاشْتَبَهَتْ عَلَيْهِ، فَإِنَّهَا تُمَيَّزُ بِالْقُرْعَةِ، ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ، وَإِنْ آلَى مِنْ وَاحِدَةٍ غَيْرِ مُعَيَّنَةٍ فَفِي الْمُحَرَّرِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: تُعَيَّنُ بِالْقُرْعَةِ.

وَالثَّانِي: بِتَعْيِينِهِ.

وَهُمَا مُخَرَّجَانِ مِنَ الرِّوَايَتَيْنِ فِي مَسْأَلَةِ الطَّلَاقِ.

وَفِي الْمُغْنِي: لَهُ وَطْءُ الْجَمِيعِ سِوَى وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ، فَإِذَا لَمْ يَبْقَ سِوَى وَاحِدَةٍ تَعَيَّنَ الْإِيلَاءُ فِيهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ وَطْؤُهَا بِدُونِ الْحِنْثِ فِي هَذِهِ الْحَالِ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَهَا، فَلَا يَصِيرُ مُوَالِيًا بِدُونِ ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: إِذَا تَعَذَّرَ إِثْبَاتُ النَّسَبِ بِالْقَافَةِ؛ إِمَّا لِعَدَمِهَا أَوْ لِعَدَمِ إِلْحَاقِهَا بِالنَّسَبِ لِإِشْكَالِهِ عَلَيْهَا، وَلِاخْتِلَافِهَا فِيهِ وَنَحْوِ ذَلِكَ، فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ لَا يُلْحَقُ بِالْقُرْعَةِ[١].

ذهب بعضُ العُلَماء إلى أنْ يُقْرِعَ، فمَن قَرَعَ فالقولُ قولُه، يعني إنْ غلبتِ المرأة فالقولُ قَوْلُها، وتكون رجعةً غيرَ صحيحةٍ، وإنْ غلب الرَّجُلُ فالقولُ قولُهُ، وتكونُ رَجْعَتُه صحيحةً.

وَبَعضُهم يُفَرِّقُ فيقولُ: إنْ بَدَأَتْهُ وقالتِ: انقضتْ عِدَّتي، فقال: كنتُ راجعتُكِ، فهنا نقول: ثَبَتَ انقضاءُ العِدَّة قبل أنْ يبدأَ المراجِع، فيكون القولُ قولَ المرأةِ، وإذا بدأ فقال: راجعتُكِ، فقالت: قدِ انْقَضَتْ عِدَّتي، فالقولُ قولُه؛ لأنه راجعٌ قبل أنْ تدَّعيَ انقضاءَ العدَّةِ.

[١] الإيلاء: أنْ يَحلِفَ الرَّجُلُ أَلَّا يَطَأَ زَوْجَتَه أكثرَ من أربعةِ أشهرٍ، فيقول: واللهِ لا أُجَامِعُكِ ستَّةَ أشهرٍ، هذا نُسَمِّيه مواليًا، فيُضرَب له أربعةُ أشهرٍ، ويُقَال:

وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ عَلِيِّ بْنِ سَعْدٍ فِي حَدِيثِ عَلِيٍّ فِي ثَلَاثَةٍ وَقَعُوا عَلَى امْرَأَةٍ فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ[١]، قَالَ: لَا أَعْرِفُهُ صَحِيحًا، وَأُوهِنُهُ، وَقَالَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ: وَحَدِيثُ عُمَرَ فِي الْقَافَةِ[٢] أَعْجَبُ إِلَيَّ. يَعْنِي مِنْ هَذَا الْحَدِيثِ.

وَعَلَى هَذَا فَهَلْ يَضِيعُ نَسَبُهُ أَوْ يُتْرَكُ حَتَّى يَبْلُغَ فَيَنْتَسِبَ إِلَى مَنْ يَمِيلُ طَبْعَهُ إِلَيْهِ مِنَ الْمُدَّعِينَ لَهُ، فَيُلْحَقَ بِهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

الْأَوَّلُ: قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ.

وَالثَّانِي: قَوْلُ ابْنِ حَامِدٍ.

وَاخْتَارَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ أَنَّهُ يُلْحَقُ بِالْمُدَّعِيَيْنِ مَعًا؛ كَالْمُدَّعِيَيْنِ لِعَيْنٍ لَيْسَتْ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا إِذَا اسْتَوَيَا فِي الْبَيِّنَةِ أَوْ عَدَمِهَا، فَإِنَّ الْعَيْنَ تُقْسَمُ بَيْنَهُمَا، وَكَذَا هَاهُنَا يُلْحَقُ النَّسَبُ بِهِمَا؛ إِذْ لَا يُمْكِنُ إِلْحَاقُهُ بِالْقُرْعَةِ.

وَقَالَ إِسْحَاقُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللهِ عَنْ حَدِيثِ عُمَرَ أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَيْهِ أَيُّهُمَا وَقَعَ عَلَى امْرَأَةٍ فِي طُهْرِهَا، أَيْشٍ تَقُولُ فِيهِ؟..............

إما أنْ تُجامعَ في هذه المدَّةِ وإلَّا أَلزمناكَ بالطَّلاقِ، فلو آلَى من مُعَيَّنة واشتبهتْ فإنه يُقْرِعُ بينهنَّ، أمَّا لو آلى من غير معيَّنة واشتبهتْ فإنه يُقْرِعُ بينهنَّ كما في المسألة الأُولَى، أو يعينها هو.

---

(١) أخرجه أبو داود: كتاب الطلاق، باب من قال بالقرعة إذا تنازعوا في الولد، رقم (٢٢٧٠)، والنسائي: كتاب الطلاق، باب: القرعة في الولد إذا تنازعوا فيه وذكر الاختلاف على الشعبي فيه في حديث زيد بن أرقم، رقم (٣٤٨٨)، وابن ماجه: كتاب الأحكام، باب القضاء بالقرعة، رقم (٢٣٤٨).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٧٤٠، رقم ٢٢).

قَالَ أَحْمَدُ: إِنْ وَلَدَتْ خَيَّرَتْ الِابْنَ أَيَّهُمَا شَاءَ اخْتَارَ، وَيَرِثُهُمَا جَمِيعًا، وَيُخَيَّرُ فِي حَيَاتِهِمَا أَيَّهُمَا شَاءَ مِنَ الْأَبَوَيْنِ اخْتَارَ.

قَالَ الْقَاضِي: هَذَا مُوَافِقٌ لِقَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ أَنَّهُ يُنْسَبُ إِلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا.

وَقَالَ الحَارِثِيُّ: إِنَّمَا دَلَّ عَلَى أَنَّهُ يُنْسَبُ إِلَيْهِمَا كَمَا اخْتَارَهُ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ؛ لِأَنَّهُ وَرِثَهُ مِنْهُمَا، وَلَمْ يُوقِفْهُ إِلَى بُلُوغِهِ وَتَخْيِيرِهِ، إِنَّمَا هُوَ لِلْحَضَانَةِ.

وَالْأَظْهَرُ عِنْدِي أَنَّ مُرَادَ أَحْمَدَ أَنَّهُ إِذَا أَلْحَقَتْهُ الْقَافَةُ بِالْأَبَوَيْنِ مَعًا وَرِثَهُمَا، وَخُيِّرَ فِي الْمَقَامِ عِنْدَ مَنْ يَخْتَارُ مِنْهُمَا، فَإِنَّهُ سُئِلَ عَنْ حَدِيثِ عُمَرَ وَحَدِيثُ عُمَرَ فِيهِ هَذَانِ الْحُكْمَانِ.

وَعَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ يُقْرِعُ بَيْنَهُمَا، فَيُلْحَقُ نَسَبُهُ بِالْقُرْعَةِ، ذَكَرَهُمَا فِي الْمُغْنِي فِي كِتَابِ الْفَرَائِضِ، وَهِيَ مَأْخُوذَةٌ -وَاللهُ أَعْلَمُ- مِمَّا رَوَى صَالِحٌ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: الْقُرْعَةُ أَرَاهَا، قَدْ أَقْرَعَ النَّبِيُّ ﷺ فِي خَمْسَةِ مَوَاضِعَ، فَذَكَرَ مِنْهَا: وَأَقْرَعَ فِي الْوَلَدِ مِنْ حَدِيثِ الْأَجْلَحِ، عَنِ الشَّعْبِيِّ، عَنْ أَبِي الْخَلِيلِ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ[1]، وَهُوَ مُخْتَلَفٌ فِيهِ، وَأَذْهَبُ إِلَى الْقُرْعَةِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْرَعَ.

قُلْتُ: إِنَّ بَعْضَ النَّاسِ لَا يُجِيزُونَ الْقُرْعَةَ إِلَّا فِي الْأَمْوَالِ. قَالَ: أَلَيْسَ قَدْ أَقْرَعَ النَّبِيُّ ﷺ بَيْنَ نِسَائِهِ؟ وَالْقُرْعَةُ فِي الْقُرْآنِ فِي مَوْضِعَيْنِ.

وَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ أَخَذَ بِالْقُرْعَةِ فِي النَّسَبِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا طُرُقَ حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ وَالِاخْتِلَافَ فِيهِ وَكَلَامَ الْحُفَّاظِ عَلَيْهِ وَتَوْجِيهَ مَا تَضَمَّنَهُ مِنْ تَوْزِيعِ الْغُرْمِ فِي جُزْءٍ مُفْرَدٍ.

---

(١) تقدم تخريجه.

وَقَدْ قَالَ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ: لَوْ صَحَّ لَقُلْنَا بِهِ، وَأَمَّا حُكْمُ تَحْرِيمِ النِّكَاحِ فَإِنْ أَلْحَقَتِ الْقَافَةُ الْوَلَدَ بِأَحَدِ الْوَاطِئَيْنِ، وَكَانَتْ بِنْتًا، حَلَّتْ لِأَوْلَادِ الْآخَرِ، وَلَمْ تَحِلَّ لِأَحَدٍ مِنَ الْوَاطِئَيْنِ؛ لِكَوْنِهَا رَبِيبَةً لَهُ، وَإِنْ لَمْ تُوجَدْ قَافَةٌ فَإِنْ قُلْنَا: يَضِيعُ النَّسَبُ حَرُمَتْ عَلَى الْوَاطِئَيْنِ وَأَوْلَادِهِمَا، كَمَا إِذَا اشْتَبَهَتْ ذَاتُ مَحْرَمٍ بِأَجْنَبِيٍّ، وَإِنْ قُلْنَا: يُتْرَكُ حَتَّى يَبْلُغَ فَيُنْسَبَ إِلَى أَحَدِهِمَا بِمَيْلِ الطَّبْعِ، فَفِي حِلِّهَا لِوَلَدِ الْآخَرِ بِلَبَنِ هَذِهِ الْمَرْأَةِ احْتِمَالَانِ، ذَكَرَهُمَا صَاحِبُ التَّرْغِيبِ فِي الرَّضَاعِ.

وَأَمَّا حُكْمُ الْعِدَّةِ فَقَالَ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ: إِنْ أَلْحَقَتِ الْقَافَةُ الْوَلَدَ بِأَحَدِهِمَا انْقَضَتْ بِهِ عِدَّتُهَا مِنْهُ، ثُمَّ اعْتَدَّتْ لِلْآخَرِ، وَإِنْ أَلْحَقَتْهُ بِهِمَا انْقَضَتْ بِهِ عِدَّتُهَا مِنْهُمَا.

وَفِي الِانْتِصَارِ لِأَبِي الْخَطَّابِ: لَا يَمْتَنِعُ عَلَى أَصْلِنَا أَنْ نَقُولَ: تَنْقَضِي بِهِ عِدَّةُ أَحَدِهِمَا، لَا بِعَيْنِهِ، وَتَعْتَدُّ لِلْآخَرِ فِيمَا إِذَا أَلْحَقَتْهُ الْقَافَةُ بِهِمَا، كَمَا لَوْ وَطِئَهَا رَجُلَانِ بِشُبْهَةٍ وَجُهِلَ السَّابِقُ.

وَأَمَّا إِنْ ضَاعَ نَسَبُهُ، فَإِنْ لَمْ تُوجَدْ قَافَةٌ، وَأُشْكِلَ عَلَيْهِمْ فَفِي الْإِقْنَاعِ لِابْنِ الزَّاغُونِيِّ: يُضَافُ إِلَى أَحَدِهِمَا بِالْقُرْعَةِ، وَتَنْقَضِي بِهِ عِدَّتُهَا مِنْهُ.

قَالَ: وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُسْتَأْنَفَ الْعِدَّةُ لَهُمَا؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ بِهِ الْبَرَاءَةُ مِنْ مَاءِ أَحَدِهِمَا حَيْثُ لَمْ يُنْسَبْ إِلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

وَفِي الْمُجَرَّدِ وَالْفُصُولِ وَالْمُغْنِي: يَلْزَمُهَا أَنْ تَعْتَدَّ بَعْدَ وَضْعِهِ بِثَلَاثَةِ قُرُوءٍ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ مِنَ الْأَوَّلِ فَقَدْ أَتَتْ بِمَا عَلَيْهَا مِنْ عِدَّةِ الثَّانِي، وَإِنْ كَانَ مِنَ الثَّانِي فَعَلَيْهَا أَنْ تُكْمِلَ عِدَّةَ الْأَوَّلِ؛ لِيَسْقُطَ الْفَرْضُ بِيَقِينٍ.

وَأَمَّا حُكْمُ المِيرَاثِ إِذَا تعَذَّرَ إِلْحَاقُ النَّسَبِ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَمَاتَ الْوَلَدُ، فَفِي الْمُجَرَّدِ فِي الْعدَدِ قِيَاسُ المَذْهَبِ أَنَّهُ يُقْرِعُ بَيْنَهُمَا، فَمَنْ تقَعُ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ حُكِمَ لَهُ بِالمِيرَاثِ، كَمَا قُلْنَا إِذَا طَلَّقَ إِحْدَى نِسَائِهِ وَمَاتَ. ثُمَّ قَالَ: فَإِنْ كَانَ لِلطِّفْلِ أُمٌّ وَلِأَحَدِ المُتَدَاعِيَيْنِ فِيهِ وَلَدٌ، أَوْ كَانَ لَـهَا وَلَدٌ وَلِأَحَدِهِمَا وَلَدٌ، فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لِلْمَيِّتِ إِخْوَانٌ، وَيَجُوزُ أَنْ لَا يَكُونَ، فَيُحْكَمُ لَهُ بِالثُّلُثِ وَلَا تُحْجَبُ بِالشَّكِّ.

قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: وَفِي هَذَا عِنْدِي نَظَرٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْقُرْعَةَ إِنَّمَا تُشْرَعُ عِنْدَنَا إِذَا امْتَنَعَ الجَمْعُ مِنَ الْأَمْرَيْنِ، وَهُنَا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُمَا عِنْدَنَا.

وَالثَّانِي: أَنَّ الْقَاضِيَ ذَكَرَ فِي المُجَرَّدِ فِي كِتَابِ الْفَرَائِضِ: أَنَّهُ يُوقَفُ المَشْكُوكُ فِيهِ حَتَّى يُصْطَلَحَ عَلَيْهِ، ثُمَّ الْعَجَبُ أَنَّهُ جعَلَ لِلْأُمِّ هُنَا الثُّلُثَ حَيْثُ يُشَكُّ هَلْ لَـهَا الثُّلُثُ أَوِ السُّدُسُ؟ وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ تُعْطَى بِمُقْتَضَى الْقُرْعَةِ. انْتَهَى.

وَأَقُولُ: الْقُرْعَةُ هُنَا أَرْجَحُ مِنَ الْإِيقَافِ؛ لِأَنَّ فِيهَا فَصْلًا لِلْأَحْكَامِ، وَأَمَّا احْتِمَالُ كَوْنِهِ مِنْهُمَا فَهُوَ بَعِيدٌ جِدًّا، فَلَا تَعْوِيلَ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا التَّعْوِيلُ عَلَى الْعَادَةِ الْغَالِبَةِ وَأَنَّهُ ابْنٌ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا، نَعَمْ لَوْ عَوَّلْنَا عَلَى هَذَا الِاحْتِمَالِ لَقَسَمْنَا إِرْثَهُ بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ، وَهُوَ مُتَوَجِّهٌ أَيْضًا.

وَأَمَّا دُخُولُ الْقُرْعَةِ فِيمَا تَسْتَحِقُّهُ الْأُمُّ مِنَ الثُّلُثِ أَوِ السُّدُسِ فَغَيْرُ مُمْكِنٍ، كَمَا لَا تَدْخُلُ الْقُرْعَةُ فِيمَا تَسْتَحِقُّهُ الْخُنْثَى مِنْ مِيرَاثِ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَى؛ وَلا فِيمَا يَسْتَحِقُّهُ مَنْ لَهُ حَاجِبٌ مَفْقُودٌ وَنَحْو ذَلِكَ.

تَنْبِيهٌ: هَذَا الْكَلَامُ فِي إِلْحَاقِ النَّسَبِ ابْتِدَاءً بِالْقُرْعَةِ، فَأَمَّا إِذَا أَقَرَّ بِوَلَدٍ مُبْهَمٍ

مِنْ أَمَةٍ لَهُ، ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يَتَبَيَّنَ وَتَعَذَّرَتِ الْقَافَةُ أَقْرَعْنَا لِأَجْلِ الْحُرِّيَّةِ، فَمَنْ خَرَجَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ فَهُوَ حُرٌّ، وَهَلْ يَثْبُتُ نَسَبُهُ بِذَلِكَ؟

فِيهِ خِلَافٌ سَبَقَ ذِكْرُهُ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ هُنَا مُسْتَنِدَةٌ إِلَى الْإِقْرَارِ وَالْقُرْعَةِ، فَيُرَجِّحُهُ.

وَمِنْهَا: إِذَا بَلَغَ سَبْعَ سِنِينَ فَإِنَّهُ يُخَيَّرُ بَيْنَ أَبِيهِ وَأُمِّهِ فِي الْحَضَانَةِ، عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ وَاحِدًا مِنْهُمَا أَوِ اخْتَارَهُمَا جَمِيعًا أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا عَلَى الْمَشْهُورِ، وَفِيهِ وَجْهٌ: يُعْطَى لِأُمِّهِ.

وَأَمَّا قَبْلَ السَّبْعِ فَإِذَا اسْتَوَى فِي اسْتِحْقَاقِ حَضَانَتِهِ رَجُلَانِ، كَأَخَوَيْنِ أَوِ امْرَأَتَيْنِ كَأُخْتَيْنِ، فَإِنَّهُ يُعَيَّنُ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ أَيْضًا.

وَمِنْهَا: إِذَا اسْتَحَقَّ الْقَوَدَ جَمَاعَةٌ، وَتَشَاحُّوا فِي مُبَاشَرَةِ الِاسْتِيفَاءِ فَفِيهِ وَجْهَانِ، أَشْهَرُهُمَا أَنَّهُ يُقَدَّمُ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ.

وَالثَّانِي: بِتَعْيِينِ الْإِمَامِ، قَالَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى، هَذَا إِذَا كَانَ الْمَقْتُولُ وَاحِدًا، فَإِنْ كَانُوا جَمَاعَةً وَطَلَبَ وَلِيُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَنْ يَقْتَصَّ عَلَى الْكَمَالِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ أَيْضًا:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ، فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ أُقِيدَ بِهِ، وَيَجِبُ لِلْبَاقِينَ الدِّيَةُ.

وَالثَّانِي: يَبْدَأُ بِالسَّابِقِ فِي الْقَتْلِ، فَيُقَادُ بِهِ، وَتَتَعَيَّنُ الدِّيَةُ لِلْبَاقِينَ، فَإِنْ قَتَلَهُمْ دَفْعَةً وَاحِدَةً، قُدِّمَ مَنْ تَخْرُجُ لَهُ الْقُرْعَةُ، وَلَمْ يَذْكُرْ صَاحِبُ الْمُغْنِي سِوَى هَذَا الْوَجْهِ.

وَقَالَ أَبُو الخَطَّابِ فِي الِانْتِصَارِ: يُقْتَلُ لِلْجَمِيعِ، وَيُؤْخَذُ مِنْ مَالِهِ بَقِيَّةُ دِيَاتِ الجَمِيعِ تُقْسَمُ بَيْنَهُمْ.

وَحَكَى أَنَّ المَنْصُوصَ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُمْ إِذَا طَلَبُوا الْقَتْلَ فَلَيْسَ لَهُمْ غَيْرُهُ، وَيَكُونُونَ قَدْ أَخَذُوا بَعْضَ حُقُوقِهِمْ، وَسَقَطَ بَعْضُهَا، وَبَعُدَ بِأَنَّ الْقِصَاصَ لَا يَتَبَعَّضُ فِي الِاسْتِيفَاءِ وَالْإِسْقَاطِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَعْطَيْنَا الْأَمَانَ لِمُشْرِكٍ فِي حِصْنٍ لِيَفْتَحَهُ لَنَا، فَفَعَلَ، ثُمَّ اشْتَبَهَ عَلَيْنَا وَادَّعَى كُلٌّ مِنْهُمْ أَنَّهُ المُسْتَأْمَنُ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا -وَهُوَ المَنْصُوصُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ هَانِئٍ- أَنَّهُ يَحْرُمُ قَتْلُهُمْ وَاسْتِرْقَاقُهُمْ جَمِيعًا.

وَالثَّانِي: يَخْرُجُ أَحَدُهُمْ بِالْقُرْعَةِ فَيَكُونُ حُرًّا، وَيَرِقُّ الْبَاقُونَ، وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَالخِرَقِيِّ؛ لِأَنَّ الْقُرْعَةَ تُمَيِّزُ الحُرَّ مِنَ الْعَبْدِ عِنْدَ الِاشْتِبَاهِ، وَلَوْ كَانَ حُرَّ الْأَصْلِ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ أَنَّ أَحَدَ هَذَيْنِ الْوَلَدَيْنِ مِنْ هَذِهِ الْأَمَةِ وَلَدُهُ، ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يُوجَدْ قَافَةٌ، فَإِنَّا نُقْرِعُ بَيْنَهُمَا لِلْحُرِّيَّةِ، وَإِنْ كَانَ حُرَّ الْأَصْلِ.

وَمَنْ نَصَرَ الْأَوَّلَ قَالَ: إِرْقَاقُ الْبَاقِينَ هُنَا يُؤَدِّي إِلَى ابْتِدَاءِ الْإِرْقَاقِ، مَعَ الشَّكِّ فِي إِبَاحَتِهِ، بِخِلَافِ مَنْ أَعْتَقَ أَحَدَ عَبِيدِهِ وَاشْتَبَهَ عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ لَيْسَ فِيهِ سِوَى اسْتِدَامَةِ الْإِرْقَاقِ مَعَ الشَّكِّ فِي زَوَالِهِ، فَالِاسْتِدَامَةُ تُبْقِيهِ عَلَى الْأَصْلِ الَّذِي لَمْ يَتَحَقَّقْ زَوَالُهُ، وَالِابْتِدَاءُ نُقِلَ عَنِ الْأَصْلِ المُتَحَقِّقِ، مَعَ الشَّكِّ فِي إِبَاحَتِهِ.

نَعَمْ، لَوْ كَانَ المُعْطِي لِلْأَمَانِ امْرَأَةً، وَاشْتَبَهَتْ عَلَيْنَا لِتَوْجِيهِ جَوَازِ إِرْقَاقِ النِّسَاءِ سِوَى وَاحِدَةٍ بِالْقُرْعَةِ؛ لِأَنَّ النِّسَاءَ يَصِرْنَ أَرِقَّاءَ بِنَفْسِ السَّبْيِ، فَقَدِ اشْتَبَهَ

هَاهُنَا الرَّقِيقُ بِحُرِّ الْأَصْلِ كَمَسْأَلَةِ الْإِقْرَارِ الْمُشَارِ إِلَيْهَا.

وَكَذَلِكَ لَوْ أَسْلَمَ وَاحِدٌ مِنْ حِصْنٍ قَبْلَ فَتْحِهِ، ثُمَّ فَتَحْنَاهُ، وَادَّعَى كُلُّهُمْ أَنَّهُ الْمُسْلِمُ، فَإِنَّهُ يَخْرُجُ بِالْقُرْعَةِ وَاحِدٌ فَلَا يُسْتَرَقُّ، وَيُسْتَرَقُّ الْبَاقُونَ؛ لِأَنَّهُمْ إِنَّمَا أَسْلَمُوا بَعْدَ الْقَهْرِ، وَذَلِكَ يُوجِبُ اسْتِرْقَاقَهُمْ عَلَى الْمَنْصُوصِ، فَقَدِ اشْتَبَهَ هَاهُنَا الْحُرُّ بِمَنْ يَثْبُتُ اسْتِرْقَاقُهُ، فَيُمَيَّزُ بِالْقُرْعَةِ.

وَجَعَلَ أَصْحَابُنَا حُكْمَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ حُكْمَ مَسْأَلَةِ دَعْوَى الْأَمَانِ فِي جَرَيَانِ الْخِلَافِ فِيهَا.

وَمِنْهَا: إِذَا جَعَلْنَا مَالًا لِمَنْ يَفْتَحُ الْحِصْنَ، فَادَّعَى اثْنَانِ كُلٌّ مِنْهُمَا أَنَّهُ الَّذِي فَتَحَهُ دُونَ الْآخَرِ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ: فِيهِ قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْمَالَ بَيْنَهُمَا جَمِيعًا؛ لِأَنَّهُمَا فِيهِ سَوَاءٌ بِدَعْوَاهُمَا لَهُ.

وَالْآخَرُ: يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا، فَمَنْ أَصَابَتْهُ الْقُرْعَةُ كَانَ الْمَالُ لَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ بِيَمِينٍ وَلَمْ يَدْرِ أَيُّ الْأَيْمَانِ هِيَ، فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ، قَالَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِي رَجُلٍ حَلَفَ بِيَمِينٍ لَا يَدْرِي مَا هِيَ طَلَاقٌ أَوْ غَيْرُهُ، قَالَ: لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الطَّلَاقُ حَتَّى يَعْلَمَ أَوْ يَسْتَيْقِنَ، وَظَاهِرُهُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ مِنْ مُوجبَاتِ الْأَيْمَانِ كُلِّهَا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ مِنْ مُوجبِ كُلِّ يَمِينٍ بِانْفِرَادِهَا.

وَتَوَقَّفَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ أُخْرَى، قَالَ صَالِحٌ: سَأَلْتُ أَبِي عَنْ رَجُلٍ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ لَا يَدْرِي مَا حَلَفَ بِاللهِ أَمْ بِالطَّلَاقِ أَوْ بِالْمَشْيِ، قَالَ: لَوْ عَرَفَ اجْتَرَأْتُ أَنْ أُجِيبَ فِيهَا، فَكَيْفَ إِذَا لَمْ يَدْرِ؟

وَفِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَانِ آخَرَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَ الْأَيْمَانِ كُلِّهَا مِنَ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالظِّهَارِ وَالْيَمِينِ بِاللهِ، فَمَا خَرَجَ بِالْقُرْعَةِ لَزِمَهُ مُقْتَضَاهُ، وَهُوَ بَعِيدٌ؛ لِمَا يَتَضَمَّنُهُ مِنْ إِيقَاعِ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ بِالشَّكِّ، وَلَكِنَّهُ احْتِمَالٌ ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُنُونِهِ.

وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي بَعْضِ تَعَالِيقِهِ أَنَّهُ اسْتُفْتِيَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فَتَوَقَّفَ فِيهَا، ثُمَّ نَظَرَ فَإِذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَ الْأَيْمَانِ كُلِّهَا؛ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالظِّهَارِ وَالْيَمِينِ بِاللهِ، فَأَيُّ يَمِينٍ وَقَعَتْ عَلَيْهَا الْقُرْعَةُ فَهِيَ الْمَحْلُوفُ عَلَيْهَا. قَالَ: ثُمَّ وَجَدْتُ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَقْتَضِي أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ حُكْمُ هَذِهِ الْيَمِينِ، وَذَكَرَ رِوَايَةَ ابْنِ مَنْصُورٍ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَلْزَمُهُ كَفَّارَةُ كُلِّ يَمِينٍ؛ لِأَنَّهُ يَتَيَقَّنُ وُجُوبَ أَحَدِهِمَا، وَشَكَّ فِي عَيْنِهِ، وَذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُنُونِهِ أَيْضًا، وَهُوَ مُتَّجِهٌ فِيمَا إِذَا عَلِمَ أَنَّهَا إِحْدَى الْأَيْمَانِ الْمُكَفَّرَةِ، وَأَمَّا إِنْ شَكَّ هَلْ هِيَ مِمَّا يَدْخُلُهُ التَّكْفِيرُ أَوْ لَا؛ فَلَا يَزُولُ شَكُّهُ بِالتَّكْفِيرِ الْمَذْكُورِ.

وَفِي مَسَائِلِ إِبْرَاهِيمَ الْحَرْبِيِّ: سَمِعْتُ رَجُلًا سَأَلَ أَحْمَدَ بْنَ حَنْبَلٍ عَنْ يَمِينٍ حَلَفَهَا فَقَالَ لَهُ أَحْمَدُ: كَيْفَ حَلَفْتَ؟ فَقَالَ لَهُ الرَّجُلُ: لَا أَدْرِي كَيْفَ حَلَفْتُ؟ فَقَالَ أَحْمَدُ: حَدَّثَنَا يَحْيَى بْنُ آدَمَ قَالَ: قَالَ رَجُلٌ لِشَرِيكٍ: حَلَفْتُ وَلَيْسَ أَدْرِي كَيْفَ حَلَفْتُ؟ فَقَالَ لَهُ شَرِيكٌ: لَيْتَنِي إِذَا دَرَيْتَ أَنْتَ كَيْفَ حَلَفْتَ دَرَيْتُ أَنَا كَيْفَ أُفْتِيكَ! انْتَهَى.

وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ أَنَّهُ لَمْ يَدْرِ بِمَاذَا حَلَفَ، فَيَكُونُ كَرِوَايَةِ صَالِحٍ السَّابِقَةِ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَمْ يَدْرِ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ، مِثْلُ أَنْ يَعْلَمَ أَنَّهُ حَلَفَ بِالطَّلَاقِ

مَثلًا لَيفْعَلُ شَيْئًا، وَنَسِيَ مَا حَلفَ عَلَيْهِ، وَهُنَا قَدْ شَكَّ فِي شَرْطِ الطَّلَاقِ، وَهُوَ عَدَمِيٌّ، فَلا يَلْزَمُهُ طَلَاقٌ عَلَى المَذْهَبِ عِنْدَ صَاحِبِ المُحَرَّرِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ يَحْنَثُ فِي آخِرِ أَوْقَاتِ الْإِمْكَانِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ وُجُودُ مَا عَلَّقَ عَلَيْهِ، وَهُوَ الْعَدَمُ، وَإِنْ حَلفَ بِالطَّلَاقِ لَا يَفْعَلُ كَذَا، فَهُنَا شَرْطُ الطَّلَاقِ وُجُودِيٌّ، وَهُوَ الْفِعْلُ، فَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِالشَّكِّ فِي وُجُودِهِ.

وَأَفْتَى الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ فِيمَنْ حَلَفَ لَا يَفعَلَنَّ شَيْئًا ثُمَّ نَسِيَهُ، أَنَّهُ لا يَحْنَثُ؛ لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ الْبِرِّ، وَهُوَ يَرْجِعُ إِلَى الْوَجْهِ المَذْكُورِ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى.

وَمِنْهَا: إِذَا تَنَاضَلَ حِزْبَانِ، وَاقْتَسَمُوا الرِّجَال بِالِاخْتِيَارِ، وَاخْتَلَفُوا فِي الْبَادِي بِالِاخْتِيَارِ مِنْ كُلِّ حِزْبٍ؛ أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ لِذَلِكَ، وَكَذَلِكَ إِذَا اخْتَلَفَتِ الرُّمَاةُ فِي المُبْتَدِئِ بِالرَّمْيِ وَتَشَاحُّوا أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ فِي قِيَاسِ المَذْهَبِ، قَالَهُ الْآمِدِيُّ، وَاخْتَارَ الْقَاضِي أَنَّهُ يُقَدَّمُ مَنْ أَخْرَجَ السَّبَقَ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، وَاخْتَارَ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ أَنَّهُ لا يَصِحُّ عَقْدُ المُنَاضَلَةِ حَتَّى يُعَيَّنَ المُبْتَدِئُ فِيهِ بِالرَّمْيِ.

وَمِنْهَا: إِذَا اسْتَوَى اثْنَانِ مِنْ أَهْلِ الْفَيْءِ فِي دَرَجَةٍ، فَفِي المُجَرَّدِ: يُقَدَّمُ أَسَنُّهُمَا، ثُمَّ أَقْدَمُهُمَا هِجْرَةً، وَفِي الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ يُقَدَّمُ بِالسَّابِقَةِ فِي الْإِسْلَامِ، ثُمَّ بِالدِّينِ، ثُمَّ بِالسِّنِّ، ثُمَّ بِالشَّجَاعَةِ، ثُمَّ وَلِيُّ الْأَمْرِ مُخَيَّرٌ إِنْ شَاءَ أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ شَاءَ رَتَّبَهُمَا عَلَى رَأْيِهِ وَاجْتِهَادِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا تَنَازَعَ الْإِمَامَةَ الْعُظْمَى اثْنَانِ وَتَكَافَآ فِي صِفَاتِ التَّرْجِيحِ؛ قُدِّمَ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ، قَالَ الْقَاضِي: هَذَا قِيَاسُ المَذْهَبِ كَالْأَذَانِ.

وَمِنْهَا: لَوْ عُقِدَتِ الْإِمَامَةُ لِاثْنَيْنِ فِي عَقْدَيْنِ مُتَرَتِّبَيْنِ، وَجُهِلَ السَّابِقُ مِنْهُمَا، فَقَالَ الْقَاضِي: يُخَرَّجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: بُطْلَانُ الْعَقْدِ فِيهِمَا.

وَالثَّانِيَةُ: اسْتِعْمَالُ الْقُرْعَةِ بِنَاءً عَلَى مَا إِذَا زَوَّجَ الْوَلِيَّانِ، وَجُهِلَ السَّابِقُ مِنْهُمَا، فَإِنَّهُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ كَذَلِكَ هُنَا. انْتَهَى.

وَلَكِنَّ الْمَشْهُورَ فِي حِكَايَةِ الرِّوَايَةِ الْأُولَى فِي كِتَابِ الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ أَنَّهُ يُفْسَخُ النِّكَاحَانِ، وَقِيَاسُ هَذَا أَنَّهُ يُفْسَخُ الْعَقْدَانِ؛ لِأَنَّهُمَا يَبْطُلَانِ مِنْ غَيْرِ فَسْخٍ.

وَمِنْهَا: إِذَا وَلَّى الْإِمَامُ قَاضِيَيْنِ فِي بَلَدٍ عَمَلًا وَاحِدًا، وَقُلْنَا بِصِحَّةِ ذَلِكَ، فَاخْتَلَفَ الْخَصْمَانِ فِيمَنْ يَحْتَكِمَانِ إِلَيْهِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُدَّعِي، فَإِنْ تَسَاوَيَا فِي الدَّعْوَى اعْتُبِرَ أَقْرَبُ الْحَاكِمَيْنِ إِلَيْهِمَا، فَإِنِ اسْتَوَيَا أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا.

وَقِيلَ: يُمْنَعَانِ مِنَ التَّخَاصُمِ حَتَّى يَتَّفِقَا عَلَى أَحَدِهِمَا، قَالَ الْقَاضِي: وَالْأَوَّلُ أَشْبَهُ بِقَوْلِنَا.

وَمِنْهَا: إِذَا هَجَمَ الْخُصُومُ عَلَى الْقَاضِي دَفْعَةً وَاحِدَةً، وَتَشَاحُّوا فِي التَّقَدُّمِ، وَلَيْسَ فِيهِمْ مُسَافِرٌ، فَإِنَّهُ يُقَدِّمُ أَحَدُهُمْ بِالْقُرْعَةِ، وَكَذَا إِذَا ادَّعَى الْخَصْمَانِ عِنْدَهُ مَعًا فَإِنَّهُ يُقَدِّمُ أَحْدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ.

وَمِنْهَا: الْقُرْعَةُ فِي الْقِسْمَةِ إِذَا عدلَ الْقَاسِمُ السِّهَامَ بِالْأَجْزَاءِ إِنْ تَسَاوَتْ، وَبِالْقِيمَةِ إِنِ اخْتَلَفَتْ، وَبِالرَّدِّ فِيمَا يَقْتَضِي الرَّدَّ، فَإِنَّهُ يُقْرِعُ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ، وَهُوَ مُخَيَّرٌ؛ إِنْ شَاءَ كَتَبَ اسْمَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فِي رُقْعَةٍ، ثُمَّ تُخْلَطُ الرِّقَاعُ وَيُخْرِجُ عَلَى

كُلِّ اسْمٍ رُقْعَةً مِنْهَا، وَإِنْ شَاءَ كَتَبَ اسْمَ كُلِّ سَهْمٍ فِي رُقْعَةٍ، ثُمَّ خَلطَهَا وَأَخْرَج وَاحِدَةً وَاحِدَةً، كُلٌّ مِنْهُمَا عَلَى اسْمِ وَاحِدٍ مِنَ الشُّرَكَاءِ، فَإِذَا تَمَّتِ الْقُرْعَةُ لَزِمَتِ الْقِسْمَةُ لِلشُّرَكَاءِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ: لَا يَلْزَمُهُ فِيمَا فِيهِ رَدٌّ حَتَّى يَتَرَاضَيَا بِهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ؛ لِأَنَّهَا بَيْعٌ إِذَا دَخلَهَا الرَّدُّ فَيُشْتَرَطُ لَـهَا التَّرَاضِي.

وَمِنْهَا: إِذَا تَدَاعَى اثْنَانِ عَيْنًا بِيَدِ ثَالِثٍ، فَأَقَرَّ بِهَا لِأَحَدِهِمَا مُبْهَمًا، وَقَالَ: لَا أَعْلَمُ عَيْنَهُ، فَإِنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا، فَمَنْ قَرَعَ فَهِيَ لَهُ، وَهَلْ يَحْلِفُ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، ذَكَرَهُمَا أَبُو بَكْرٍ، وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّ عَلَيْهِ الْيَمِينَ، وَعَلَيْهِ حُمِلَ حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ: «**إِذَا أَحَبَّ الرَّجُلَانِ الْيَمِينَ أَوْ كَرِهَاهَا فَلْيَسْتَهِمَا عَلَيْهِ**»[1]، لَكِنَّهُ قَالَ: إِذَا كَرِهَا الْيَمِينَ وَخَرَجَتِ الْقُرْعَةُ لِأَحَدِهِمَا، فَهِيَ لَهُ بِغَيْرِ يَمِينٍ، وَلَا فَرْق بَيْنَ أَنْ يَكُونَ وَدِيعَةً أَوْ عَارِيَّةً أَوْ رَهْنًا أَوْ بَيْعًا مَرْدُودًا بِعَيْبٍ أَوْ خِيَارٍ أَوْ غَيْرِهَا، نَصَّ عَلَيْهِ فِي الْمَرْدُودِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ.

وَإِنْ قَالَ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ: لَيْسَتْ لِي وَلَا أَعْلَمُ لِمَنْ هِيَ، فَفِيهَا ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ:

إِحْدَاهَا: يَقْتَرِعَانِ عَلَيْهَا، كَمَا لَوْ أَقَرَّ بِهَا لِأَحَدِهِمَا مُبْهَمًا.

وَالثَّانِي: تُجْعَلُ عِنْدَ أَمِينِ الحَاكِمِ.

وَالثَّالِثُ: تُقَرُّ فِي يَدِ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ.

وَالْأَوَّلُ ظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ وَأَبِي طَالِبٍ وَأَبِي النَّصْرِ وَغَيْرِهِمْ.

---

(١) أخرجه أبو داود: أبواب الإجارة، باب الرجلين يدعيان شيئا وليست لهما بينة، رقم (٣٦١٧).

وَالْوَجْهَانِ الْآخَرَانِ مُخَرَّجَانِ مِنْ مَسْأَلَةِ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ شَيْءٌ مُعْتَرَفٌ بِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ، وَلَا يُعْرَفُ مَالِكُهُ، فَادَّعَاهُ مُعَيَّنٌ، فَهَلْ يُدْفَعُ إِلَيْهِ أَمْ لَا؟

وَهَلْ تُقَرُّ بِيَدِ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ، أَمْ يَنْتَزِعُهُ الحَاكِمُ؟ فِيهِ خِلَافٌ.

وَمِنْهَا: إِذَا تَدَاعَى اثْنَانِ عَيْنًا لَيْسَتْ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا، فَفِيهَا وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يُقْسَمُ بَيْنَهُمَا كَالَّتِي بِأَيْدِيهِمَا.

وَالثَّانِي: يُقْرِعُ بَيْنَهُمَا، فَيُعْطَى لِمَنْ قَرَعَ، كَمَا لَوْ كَانَتْ بِيَدِ ثَالِثٍ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ فِي اثْنَيْنِ تَدَاعَيَا كِيسًا لَيْسَتْ أَيْدِيهِمَا عَلَيْهِ أَنَّهُمَا يَسْتَهِمَانِ عَلَيْهِ، فَمَنْ خَرَجَ سَهْمُهُ فَهُوَ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ، وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ فِي يَدِ غَيْرِهِمَا أَوْ لَا يَكُونَ فِي يَدِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

وَمِنْهَا: إِذَا تَعَارَضَت الْبَيِّنَتَانِ، فَفِي المَسْأَلَةِ ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ:

إِحْدَاهُنَّ: يَسْقُطَانِ بِالتَّعَارُضِ وَيَصِيرَانِ كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لَهُمَا.

وَالثَّانِيَةُ: يُسْتَعْمَلَانِ بِقِسْمَةِ الْعَيْنِ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ يَمِينٍ.

وَالثَّالِثَةُ: يُرَجَّحُ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ، فَمَنْ قُرِعَ لَهُ حَلَفَ وَأَخَذَ الْعَيْنَ.

هَكَذَا حَكَى الْقَاضِي فِي بَعْضِ كُتُبِهِ هَذِهِ الرِّوَايَةَ، وَتَبِعَهُ عَلَيْهَا كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ، وَأَنْكَرَهَا فِي كِتَابِ الْمُجَرَّدِ وَالخِلَافِ، وَقَالَ: إِنَّمَا مَعْنَاهَا أَنَّ الْبَيِّنَتَيْنِ يَسْقُطَانِ بِالتَّعَارُضِ، وَتَصِيرُ الْعَيْنُ فِي يَدِ غَيْرِهِمَا الْمُتَدَاعِيَيْنِ، فَيُقْرَعُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَصَرَّحَ أَحْمَدُ بِهَذَا المَعْنَى فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ، فَقَالَ: لَوْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ جَمِيعًا أَسْقَطْتُ الْبَيِّنَتَيْنِ جَمِيعًا؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا قَدْ أَكْذَبَتْ صَاحِبَتَهَا، وَيَسْتَهِمَانِ عَلَى الْيَمِينِ.

وَحَكَى ابْنُ شِهَابٍ فِي عُيُونِ المَسَائِلِ رِوَايَةً أُخْرَى: أَنَّهُ يُوقَفُ الْأَمْرُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَوْ يَصْطَلِحَا عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَتِ الْعَيْنُ الْمُنَازَعُ فِيهَا بِيَدِ أَحَدِهِمَا فَلَا تَعَارُضَ، بَلْ نُقَدِّمُ بَيِّنَةَ الخَارِجِ فِي أَشْهَرِ الرِّوَايَتَيْنِ، وَفِي الْأُخْرَى بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ التَّنَازُعُ فِي سَبَبِ الْيَدِ بِأَنْ يَدَّعِيَ كُلٌّ مِنْهُمَا أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْ زَيْدٍ أَوِ اتَّهَبَهَا مِنْهُ، وَيُقِيمَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنَّهُ كَبَيِّنَةِ الدَّاخِلِ وَالخَارِجِ عَلَى مَا سَبَقَ، وَهِيَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ الْقَاضِي.

وَالثَّانِيَةُ: يَتَعَارَضَانِ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْيَدِ هُوَ نَفْسُ الْمُتَنَازَعِ فِيهِ، فَلَا تَبْقَى مُؤَثِّرَةً؛ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ مِلْكَ هَذِهِ الدَّارِ لِزَيْدٍ، وَعَنْهُ هُوَ سميتك، فَلِذَلِكَ لَمْ يَبْقَ لِلْيَدِ تَأْثِيرٌ؛ لِأَنَّهُ قَدْ عَلِمَ مُسْتَنَدَهَا، وَهُوَ الشِّرَاءُ الَّذِي عُورِضَ بِمِثْلِهِ، وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ أَبِي مُوسَى وَصَاحِبِ الْمُحَرَّرِ.

وَاخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ هَاهُنَا وَابْنُ أَبِي مُوسَى أَنَّهُ يُرَجَّحُ بِالْقُرْعَةِ، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِي رَجُلٍ بَاعَ ثَوْبًا فَجَاءَ رَجُلٌ فَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِمِائَةٍ، وَأَقَامَ الْآخَرُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِمِائَتَيْنِ، وَالْبَائِعُ يَقُولُ: بِعْتُهُ بِمِائَتَيْنِ، وَالثَّوْبُ فِي يَدِ الْبَائِعِ بَعْدُ. قَالَ: لَيْسَ قَوْلُ الْبَائِعِ بِشَيْءٍ، يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا، فَمَنْ أَصَابَتْهُ الْقُرْعَةُ فَهُوَ لَهُ بِالَّذِي ادَّعَى أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِهِ. قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ الثَّوْبُ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا وَلَا يَدْرِي أَيُّهُمَا اشْتَرَاهُ أَوَّلًا، قَالَ: لَا يَنْفَعُهُ مَا فِي يَدِهِ إِذَا كَانَ مُقِرًّا أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْ فُلَانٍ، فَلَا يَنْفَعُهُ مَا فِي يَدِهِ.

وَالْعَجَبُ أَنَّ الْقَاضِيَ فِي الْمُجَرَّدِ حَكَى هَذَا النَّصَّ عَنْ أَحْمَدَ، وَذَكَرَ أَنَّهُ أَجَابَ بِقِسْمَةِ الثَّوْبِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، ثُمَّ تَأَوَّلَهُ عَلَى أَنَّهُ كَانَ فِي أَيْدِيهِمَا، وَإِنَّمَا أَجَابَ أَحْمَدُ

فِيهِ بِالْقُرْعَةِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ، وَإِنَّمَا الْمُجِيبُ بِالْقِسْمَةِ سُفْيَانُ الثَّوْرِيُّ، فَإِنَّ إِسْحَاقَ بْنَ مَنْصُورٍ يَذْكُرُ لِأَحْمَدَ أَوَّلًا الْمَسْأَلَةَ وَجَوَابَ سُفْيَانَ فِيهَا، فَيُجِيبُهُ أَحْمَدُ عَنْهَا بَعْدَ ذَلِكَ بِالْمُوَافَقَةِ أَوْ بِالْمُخَالَفَةِ، فَرُبَّمَا يُشْتَبَهُ جَوَابُ أَحْمَدَ بِجَوَابِ سُفْيَانَ، وَقَدْ وَقَعَ ذَلِكَ لِلْقَاضِي كَثِيرًا فَلْيُنَبَّهْ لِذَلِكَ وَلْيُرَاجَعْ كَلَامُ أَحْمَدَ مِنْ أَصْلِ مَسَائِلِ ابْنِ مَنْصُورٍ.

وَوَقَعَ فِي الْإِرْشَادِ لِابْنِ أَبِي مُوسَى فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ كَمَا وَقَعَ لِلْقَاضِي، فَإِنَّهُ نُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ إِذَا كَانَ الثَّوْبُ فِي يَدِ الْبَائِعِ فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، وَإِنْ كَانَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا، وَهُوَ وَهَمٌ أَيْضًا.

وَذَكَرَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أَنَّ مُقْتَضَى الْمَذْهَبِ أَنَّهُ إِذَا شَهِدَتِ الْبَيِّنَتَانِ بِالْعَقْدَيْنِ أَوِ الْإِقْرَارَيْنِ أَوِ الْحُكْمَيْنِ أَنْ يُصَدَّقَ الْبَيِّنَتَانِ بِهِ إِنْ عُلِمَ السَّابِقُ، وَإِلَّا كَانَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ تَشْهَدَ بَيِّنَةٌ وَاحِدَةٌ بِالْعَقْدَيْنِ، وَلَا يُعْلَمَ السَّابِقُ مِنْهُمَا. فَهُنَا إِمَّا أَنْ يُقْرِعَ أَوْ يَبْطُلَ الْعَقْدَانِ، فَلَا يَبْقَى هُنَا عَقْدٌ صَحِيحٌ يُحْكَمُ بِهِ، فَيُقَرُّ فِي يَدِ ذِي الْيَدِ، وَتَكُونُ الدَّعْوَى حِينَئِذٍ لِمَنِ انْتَقَلَ عَنْهُ عَلَى صَاحِبِ الْيَدِ.

قَالَ: وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ فِيمَا إِذَا اشْتَبَهَ أَسْبَقُ عَقْدَيِ الْبَيْعِ أَنْ يَفْسَخَهُمَا، إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ مُوجِبُ الْفَسْخِ مِنْ رَدِّ الثَّمَنِ وَنَحْوِهِ، فَإِنَّهُ يُقْرَعُ؛ لِأَنَّ مِنْ أَصْلِنَا أَنَّهُ إِذَا اشْتَبَهَ الْمَالِكُ بِغَيْرِ الْمَالِكِ أَوِ الْمِلْكُ بِغَيْرِ الْمِلْكِ فَإِنَّا نُقْرِعُ، فَإِذَا أَمْكَنَ فَسْخُ الْعَقْدِ وَرَدُّ كُلِّ مَالٍ إِلَى صَاحِبِهِ فَهُوَ خَيْرٌ مِنْ خَطَرِ الْقُرْعَةِ.

وَمِنْهَا: الْإِقْرَاعُ فِي الْعِتْقِ، وَهُوَ أَشْهَرُ مَا وَرَدَتْ فِيهِ السُّنَّةُ بِالْإِقْرَاعِ فِيهِ، وَيَنْدَرِجُ تَحْتَهُ صُوَرٌ كَثِيرَةٌ:

فَمِنْهَا: إِذَا أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ عَبِيدَهُ، أَوْ دَبَّرَهُمْ، وَلَمْ يَخْرُجُوا مِنْ ثُلُثِهِ، فَإِنَّهُ يُقْرِعُ بَيْنَهُمْ، فَيَعْتِقُ مِنْهُمْ بِقَدْرِ الثُّلُثِ. نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ جَمَاعَةٍ.

قَالَ الْقَاضِي: وَيَكُونُ الْعِتْقُ مُرَاعًى، فَإِنْ مَاتَ وَلَمْ يُجِزِ الْوَرَثَةُ تَبَيَّنَّا أَنَّ الْحُرَّ مِنْهُمُ اثْنَانِ مَثَلًا، وَأَنَّ الْعِتْقَ كَانَ وَاقِعًا عَلَيْهِمَا دُونَ غَيْرِهِمَا، وَلَكِنَّهُمَا كَانَا غَيْرَ مُعَيَّنَيْنِ، وَإِنَّمَا تَمَيَّزَا وَتَعَيَّنَا بِالْقُرْعَةِ، كَمَا يَتَمَيَّزُ وَيَتَعَيَّنُ الْحُقُوقُ الْمُشْتَرَكَةُ فِي الْعَقَارِ وَغَيْرِهِ بِالْإِقْرَاعِ فِي الْقِسْمَةِ وَغَيْرِهَا.

وَيُسْتَثْنَى مِنْ هَذَا صُوَرٌ لَا إِقْرَاعَ فِيهَا، ذَكَرَهَا الْأَصْحَابُ:

أَحَدُهَا: إِذَا كَانَ عِتْقُ أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ مُرَتَّبًا عَلَى الْآخَرِ، بِأَنْ قَالَ: إِنْ أَعْتَقْتُ سَالِمًا فَغَانِمٌ حُرٌّ، فَإِنَّهُ يَعْتِقُ سَالِمٌ وَحْدَهُ إِذَا عَتَقَهُ وَلَا يُقْرَعُ؛ لِأَنَّ الْقُرْعَةَ قَدْ تُفْضِي إِلَى عِتْقِ غَانِمٍ وَحْدَهُ، فَيَلْزَمُهُ مِنْهُ ثُبُوتُ الْمَشْرُوطِ بِدُونِ شَرْطِهِ.

وَالثَّانِيَةُ: إِذَا قَالَ فِي مَرَضِهِ: أَعْتِقُوا سَالِمًا إِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ، وَإِلَّا فَأَعْتِقُوا مِنْهُ مَا عَتَقَ، وَقَالَ أَيْضًا: أَعْتِقُوا غَانِمًا إِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ، وَإِلَّا فَأَعْتِقُوا مِنْهُ مَا عَتَقَ. قَالَ الْأَصْحَابُ: يَعْتِقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُهُ مَعَ تَسَاوِي قِيمَتِهَا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ بِالْوَصِيَّةِ تَكْمِيلَ الْحُرِّيَّةِ فِي كُلِّ وَاحِدٍ، فَلَمْ يُقْرَعْ، كَمَا لَوْ قَالَ: أَعْتِقُوا نِصْفَ سَالِمٍ وَإِلَّا فَنِصْفَ غَانِمٍ.

وَالثَّالِثَةُ: إِذَا أَعْتَقَ أَمَةً حَامِلًا فِي مَرَضِ مَوْتِهِ، وَلَمْ يَتَّسِعِ الثُّلُثُ لَهَا وَلِحَمْلِهَا، قَالُوا: لَا يَجُوزُ الْإِقْرَاعُ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ تَبَعٌ لِأُمِّهِ وَجُزْءٌ مِنْهَا، وَلَا يَجُوزُ إِفْرَادُهُ بِالْعِتْقِ دُونَهَا، وَالْقُرْعَةُ قَدْ تُفْضِي إِلَى ذَلِكَ، وَلَا أَنْ تُعْتَقَ هِيَ دُونَ حَمْلِهَا إِذَا اسْتَوْعَبَتْ قِيمَتُهَا الثُّلُثَ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ تَبَعٌ لَهَا، وَعِتْقُهُ مُلَازِمٌ لِعِتْقِهَا، فَلَا يُمْكِنُ أَنْ يُعْتَقَ مِنْهَا

شَيْءٌ وَلَا يُعْتَقُ مِنْهُ مِثْلُهُ، فَيَتَعَيَّنُ أَنْ يُعْتَقَ مِنْهَا وَمِنْ حَمْلِهَا بِالحِصَّةِ.

وَذَهَبَ أَبُو عَلِيِّ بْنُ أَبِي مُوسَى إِلَى أَنَّ الْإِقْرَاعَ إِنَّمَا يَدْخُلُ حَيْثُ كَانَ الْعِتْقُ لِمُبْهَمٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ، وَتَشَاحَّ الْعَبِيدُ فِيهِ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ لِمُعَيَّنٍ فَلَا إِقْرَاعَ، وَكَذَا إِنْ لَمْ يَتشاحَّ فِيهِ الْعَبِيدُ.

وَحُكِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ فِي خِلَافِهِ مَا يُوَافِقُ ذَلِكَ، فَعَلَى هَذَا إِذَا وَصَّى بِعِتْقِ عَبِيدِهِ وَلَمْ يُجِزِ الْوَرَثَةُ أَعْتَقُوا مِنْهُمْ بِمِقْدَارِ الثُّلُثِ، فَإِنْ تَشَاحَّ الْعَبِيدُ فِي الْعِتْقِ أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ، فَعَتَقَ مَنْ وَقَعَ عَلَيْهِ سَهْمُ الحُرِّيَّةِ مِنْهُمْ، وَكَذَلِكَ لَوْ دَبَّرَهُمْ، ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى، وَذَكَرَ هُوَ وَأَبُو بَكْرٍ فِيمَا إِذَا شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى مَرِيضٍ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ هَذَا وَشَهِدَتْ أُخْرَى أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ هَذَا أَنَّهُ يَجِبُ الْعِتْقُ لَهُمَا وَيَتَحَاصُّ فِيهِ الْعَبْدَانِ.

قَالَ أَبُو بَكْرٍ: لِأَنَّ الْقُرْعَةَ إِنَّمَا تَجِبُ إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا حُرًّا وَالْآخَرُ عَبْدًا، يَعْنِي إِذَا كَانَ الْعِتْقُ،لِوَاحِدٍ لَا لِلْجَمِيعِ.

وَهَذَا مُنَاقِضٌ لِـمَا ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي تَدْبِيرِهِمْ كُلِّهِمْ، إِلَّا أَنْ نَقُولَ: تَدْبِيرُهُمْ يَقَعُ مَوْقُوفًا مُرَاعًى كَعِتْقِهِمُ الْمُنْجَزِ فِي مَرَضِهِ، فَيُعْتَقُ مِنْهُمْ مَنْ عَدِمَ الْإِجَازَةَ قَدْرَ الثُّلُثِ، وَهُوَ مُبْهَمٌ، فَيُمَيَّزُ بِالْقُرْعَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ مُعَيَّنَيْنِ.

وَهُوَ ضَعِيفٌ؛ فَإِنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْعَبِيدُ جَمِيعَ مَالِهِ أَوْ نِصْفَهُ مَثَلًا؛ إِذْ لَا بُدَّ مِنَ الرَّدِّ إِلَى الثُّلُثِ.

وَقَدْ نَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ فِيمَنْ قَالَ فِي مَرَضِهِ: أَعْتِقُوا عَنِّي أَحَدَ عَبْدَيَّ هَذَيْنِ؛ أَنَّهُ يُعْتَقُ أَحَدُهُمَا، فَإِنْ تَشَاحَّا فِي الْعِتْقِ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا، وَإِنَّمَا قَالَ: يُعْتَقُ

أَحَدُهُمَا ابْتِدَاءً؛ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ، فَالْوَاجِبُ فِيهَا مَا يَصْدُقُ عَلَيْهِ الِاسْمُ، كَمَا لَوْ وَصَّى بِأَحَدِهِمَا لِزَيْدٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَعْتَقَ أَحَدَ عَبِيدِهِ فَإِنَّهُ يُعَيَّنُ بِالْقُرْعَةِ.

وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يُعْتِقُهُ بِتَعْيِينِهِ مِنَ الرِّوَايَةِ السَّابِقَةِ فِي الطَّلَاقِ، وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا مِنْ عَبِيدِهِ ثُمَّ أُنْسِيَهُ أَوْ جَهِلَهُ ابْتِدَاءً، كَمَسْأَلَةِ الطَّائِرِ الْمَشْهُورَةِ، فَإِنَّهُ يَخْرُجُ بِالْقُرْعَةِ أَيْضًا.

وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ، أَنَّهُ لَا يُقْرِعُ هَاهُنَا مِنَ الطَّلَاقِ، وَأَشَارَ إِلَيْهِ بَعْضُ الْأَصْحَابِ، لَكِنَّ قِيَاسَ الرِّوَايَةِ الْمَذْكُورَةِ فِي الطَّلَاقِ أَنَّهُ يُقْرِعُ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ عَتَقَ، وَيُسْتَدَامُ الْمِلْكُ فِي غَيْرِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُسْتَبَاحُ وَطْءُ شَيْءٍ مِنْهُنَّ إِذَا كُنَّ إِمَاءً، وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ: إِنْ كَانَ هَذَا الطَّائِرُ غُرَابًا فَعَبْدِي حُرٌّ، وَقَالَ آخَرُ: إِنْ لَمْ يَكُنْ غُرَابًا فَعَبْدِي حُرٌّ، وَجُهِلَ أَمْرُهُ، فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ وَاحِدٌ مِنَ الْعَبْدَيْنِ، فَإِنِ اشْتَرَى أَحَدُ الْمَالِكَيْنِ عَبْدَ الْآخَرِ فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يُعْتَقُ مَا اشْتَرَاهُ؛ لِأَنَّ اسْتِدَامَتَهُ لِاسْتِرْقَاقِ عَبْدِهِ إِقْرَارٌ مِنْهُ؛ لِأَنَّ عَبْدَ صَاحِبِهِ هُوَ الَّذِي عَتَقَ، فَإِذَا اشْتَرَاهُ نَفَذَ إِقْرَارُهُ عَلَى نَفْسِهِ فَعَتَقَ عَلَيْهِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يُعْتَقُ أَحَدُهُمَا غَيْرَ مُعَيَّنٍ، ثُمَّ يُمَيَّزُ بِالْقُرْعَةِ وَهُوَ أَصَحُّ؛ لِأَنَّ تَمَسُّكَهُ بِعَبْدِهِ إِنَّمَا كَانَ اسْتِصْحَابًا لِلْأَصْلِ لَا غَيْرُ.

وَأَمَّا الْوَلَاءُ فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ هُوَ مَوْقُوفٌ حَتَّى يَتَصَادَقَا عَلَى أَمْرٍ يَتَّفِقَانِ عَلَيْهِ، وَعَلَى الثَّانِي: إِنْ وَقَعَتِ الْحُرِّيَّةُ عَلَى الْمُشْتَرِي فَكَذَلِكَ، وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى عَبْدِهِ فَوَلَاؤُهُ لَهُ، وَيَتَوَجَّهُ أَنْ يُقَالَ: يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا، فَمَنْ قَرَعَ فَالْوَلَاءُ لَهُ، كَمَا تَقَدَّمَ مِثْلُ

ذَلِكَ فِي الْوَلَدِ الَّذِي يَدَّعِيهِ أَبَوَانِ وَأَوْلَى؛ لِأَنَّ هَاهُنَا إِنَّمَا عَتَقَ عَلَى وَاحِدٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ، وَهُنَاكَ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ لَهُمَا، وَكَذَلِكَ يُقَالُ: لَوْ كَانَ عَبْدٌ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ مُوسِرَيْنِ فَقَالَ أَحَدُهُمَا: إِنْ كَانَ الطَّائِرُ غُرَابًا فَنَصِيبِي حُرٌّ، وَقَالَ الْآخَرُ: إِنْ لَمْ يَكُنْ غُرَابًا فَنَصِيبِي حُرٌّ، فَإِنَّ الْعَبْدَ يُعْتَقُ عَلَى أَحَدِهِمَا، وَهُوَ غَيْرُ مَعْلُومٍ، فَيُمَيَّزُ بِالْقُرْعَةِ وَيَكُونُ لَهُ الْوَلَاءُ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ لِأَمَتِهِ: أَوَّلُ مَا تَلِدِينَهُ حُرٌّ، فَوَلَدَتْ وَلَدَيْنِ، وَاشْتَبَهَ أَوَّلُهُمَا خُرُوجًا، فَإِنَّهُ يُمَيَّزُ بِالْقُرْعَةِ، نَصَّ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ وَقَعَ عَلَى مُعَيَّنٍ وَجُهِلَ ابْتِدَاءً، وَلَوْ قَالَ: أَوَّلُ غُلَامٍ لِي يَطْلُعُ فَهُوَ حُرٌّ، فَطَلَعَ عَبِيدُهُ كُلُّهُمْ، أَوْ قَالَ لِزَوْجَاتِهِ: أَيَّتُكُنَّ طَلَعَ أَوَّلًا فَهِيَ طَالِقٌ، فَطَلَعْنَ كُلُّهُنَّ، فَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّهُ يُمَيَّزُ وَاحِدٌ مِنَ الْعَبِيدِ وَامْرَأَةٌ مِن الزَّوْجَاتِ بِالْقُرْعَةِ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا.

وَاخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ فِي هَذَا النَّصِّ؛ فَمِنْهُمْ مَنْ حَمَلَهُ عَلَى أَنَّ اطِّلَاعَهُمْ كَانَ مُرَتَّبًا، وَأَشْكَلَ السَّابِقُ، فَيُمَيَّزُ بِالْقُرْعَةِ؛ كَمَسْأَلَةِ الْوِلَادَةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ أَقَرَّ النَّصَّ عَلَى ظَاهِرِهِ وَأَنَّهُمْ طَلَعُوا دَفْعَةً وَاحِدَةً.

وَقَالَ: صِفَةُ الْأَوَّلِيَّةِ شَامِلَةٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِانْفِرَادِهِ، وَالْمُعْتِقُ إِنَّمَا أَرَادَ عِتْقَ وَاحِدٍ مِنْهُمْ، فَمُيِّزَ بِالْقُرْعَةِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ: يُعْتَقُ وَيُطَلَّقُ الْجَمِيعُ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلِيَّةَ صِفَةٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ، وَلَفْظُهُ صَالِحٌ لِلْعُمُومِ؛ لِأَنَّهُ مُفْرَدٌ مُضَافٌ، أَوْ يُقَالُ: الْأَوَّلِيَّةُ صِفَةٌ لِلْمَجْمُوعِ، لَا لِلْأَفْرَادِ، وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِي فِي الطَّلَاقِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لَا تَطْلُقُ وَلَا يُعْتَقُ شَيْءٌ مِنْهُمْ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ لَا يَكُونُ إِلَّا فَرْدًا

لَا تَعَدُّدَ فِيهِ، وَالْفَرْدِيَّةُ مُشْتَبِهَةٌ هُنَا، وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الطَّلَاقِ، وَالسَّامَرِّيُّ وَصَاحِبُ الْكَافِي.

وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ، وَهُوَ أَنَّهُ إِنْ طَلَعَ بَعْدَهُمْ مِنْ عَبِيدِهِ وَزَوْجَاتِهِ طَلُقْنَ وَعَتَقْنَ، وَإِلَّا فَلَا؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْأَوَّلَ هُوَ السَّابِقُ لِغَيْرِهِ، فَلَا يَكُونُ أَوَّلًا حَتَّى يَأْتِيَ بَعْدَهُ غَيْرُهُ، فَيَتَحَقَّقُ لَهُ بِذَلِكَ صِيغَةُ الْأَوَّلِيَّةِ، وَهُوَ وَجْهٌ لَنَا، ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ.

وَقَرِيبٌ مِنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مَا ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي كِتَابِ الْعِتْقِ فَقَالَ: وَاخْتَلَفَ قَوْلُهُ فِي الرَّجُلِ يَقُولُ لِعَبِيدِهِ: أَيُّكُمْ جَاءَنِي بِخَبَرِ كَذَا فَهُوَ حُرٌّ. فَأَتَى بِذَلِكَ الْخَبَرِ اثْنَانِ مَعًا أَوْ أَكْثَرُ؛ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، قَالَ فِي أَحَدِهِمَا: قَدْ عَتَقَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ، فَيُقْرَعُ بَيْنَهُمْ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ فَقَدْ عَتَقَ. وَقَالَ فِي الْأُخْرَى: فَقَدْ عَتَقَا جَمِيعًا. انْتَهَى.

فَأَمَّا وَجْهُ عِتْقِهِمَا جَمِيعًا فَظَاهِرٌ؛ لِأَنَّ أَيًّا مِنْ صِيَغِ الْعُمُومِ، وَأَمَّا وَجْهُ عِتْقِ أَحَدِهِمَا بِالْقُرْعَةِ فَهُوَ أَنَّ الْمُتَبَادَرَ إِلَى الْأَفْهَامِ مِنْ هَذَا التَّعْلِيقِ الْخُصُوصُ، وَأَنَّهُ إِنَّمَا أُرِيدَ بِهِ عِتْقُ وَاحِدٍ يَجِيءُ بِالْخَبَرِ، فَيَصِيرُ عُمُومُ هَذَا اللَّفْظِ عُمُومًا بَدَلِيًّا، لَا عُمُومَ شُمُولٍ، فَلَا يُعْتَقُ بِهِ أَكْثَرُ مِنْ وَاحِدَةٍ، فَإِذَا اجْتَمَعَ اثْنَانِ عَلَى الْإِتْيَانِ بِالْخَبَرِ أُعْتِقَ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ، وَلَيْسَ هَذَا كَمَا لَوْ قَالَ لِزَوْجَاتِهِ: أَيَّتُكُنَّ خَرَجَتْ فَهِيَ طَالِقٌ. فَإِذَا خَرَجْنَ جَمِيعًا طَلُقْنَ؛ لِأَنَّ الْخُرُوجَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْجَمِيعِ سَوَاءٌ.

وَأَمَّا الْإِخْبَارُ فَالْمَقْصُودُ مِنْهُ يَحْصُلُ مِنْ أَحَدِ الْمُخْبِرَيْنِ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْآخَرِ، وَلِهَذَا قُلْنَا: عَلَى أَحَدِ الْوُجُوهِ. وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي أَنَّهُ لَوْ قَالَ لِزَوْجَاتِهِ: مَنْ أَخْبَرَنِي

مِنْكُنَّ بِكَذَا فَهِيَ طَالِقٌ، فَأَخْبَرْنَهُ مُتَفَرِّقَاتٍ؛ أَنَّهُ لَا يُطَلَّقُ مِنْهُنَّ إِلَّا الْأُولَى؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ مِنَ الْإِخْبَارِ، وَهُوَ الْإِعْلَامُ، حَاصِلٌ بِهَا، وَلِهَذَا لَوْ قَالَ: مَنْ دَخَلَ دَارِي فَلَهُ دِرْهَمٌ، فَدَخَلَ جَمَاعَةٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ دِرْهَمٌ.

وَلَوْ قَالَ: مَنْ جَاءَنِي فَلَهُ دِرْهَمٌ، فَجَاءَهُ جَمَاعَةٌ، فَلَهُمْ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ بَيْنَهُمْ. ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي كِتَابِ أَحْكَامِ الْقُرْآنِ، قَالَ: لِأَنَّ الشَّرْطَ وُجِدَ مِنَ الْجَمَاعَةِ وُجُودًا وَاحِدًا، بِخِلَافِ دُخُولِ الدَّارِ؛ فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ وُجِدَ مِنْهُ دُخُولٌ كَامِلٌ، وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ: مَنْ سَبَقَ فَلَهُ كَذَا، فَسَبَقَ اثْنَانِ مَعًا، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: السَّبَقُ الْمَذْكُورُ بَيْنَهُمَا، كَمَا لَوْ قَالَ: مَنْ رَدَّ ضَالَّتِي فَلَهُ كَذَا. فَرَدَّهَا جَمَاعَةٌ.

وَالثَّانِي: لِكُلٍّ مِنْهُمْ سَبَقٌ كَامِلٌ؛ لِأَنَّهُ سَابِقٌ بِانْفِرَادِهِ.

وَحَاصِلُ الْأَمْرِ فِي هَذَا الْبَابِ أَنَّ الْمُعَلَّقَ عَلَيْهِ تَارَةً يَكُونُ شَيْئًا وَاحِدًا، لَا تَعَدُّدَ فِيهِ، كَرَدِّ الْآبِقِ وَنَحْوِهِ، فَلَا يَتَعَدَّدُ الْمَشْرُوطُ بِعَدَدِ الْمُحَصِّلِينَ لَهُ؛ لِأَنَّهُمُ اشْتَرَكُوا فِي تَحْصِيلِ شَيْءٍ وَاحِدٍ، فَاشْتَرَكُوا فِي اسْتِحْقَاقِ الْمُرَتَّبِ عَلَيْهِ، وَتَارَةً يَكُونُ قَابِلًا لِلْعَدَدِ، وَهُوَ نَوْعَانِ:

أَحَدُهُمَا: مَا يَكُونُ التَّعَدُّدُ فِيهِ مَقْصُودًا؛ كَدُخُولِ الدَّارِ وَنَحْوِهِ، فَيَتَعَدَّدُ الِاسْتِحْقَاقُ عَلَى الصَّحِيحِ، كَمَا إِذَا قَالَ: مَنْ دَخَلَ دَارِي فَهُوَ حُرٌّ، أَوْ فَلَهُ دِرْهَمٌ أَوْ فَهِيَ طَالِقٌ، وَكَذَلِكَ تَجِيءُ عَلَى هَذَا إِذَا قَالَ: مَنْ جَاءَنِي فَلَهُ دِرْهَمٌ؛ لِأَنَّ تَعَدُّدَ الِاثْنَيْنِ مَطْلُوبٌ، بِخِلَافِ مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي.

وَمَسْأَلَةُ السَّبَقِ قَدْ يُقَالُ: هِيَ مِنْ هَذَا النَّوْعِ، وَقَدْ يُقَالُ: السَّبْقُ إِنَّمَا حَصَلَ

مِنَ المَجْمُوعِ، لَا مِنْ كُلِّ فَرْدٍ مِنْهُمْ، أَوْ كُلُّ فَرْدٍ مِنْهُمْ لَيْسَ بِسَابِقٍ لِلْبَاقِينَ، بَلْ هُوَ سَابِقٌ لِمَنْ تَأَخَّرَ عَنْهُ وَمُسَاوٍ لِمَنْ جَامَعَهُ، فَالْمُتَّصِفُ بِالسَّبْقِ هُوَ المَجْمُوعُ، لَا كُلُّ فَرْدٍ مِنْهُمْ، فَلِذَلِكَ اسْتَحَقُّوا جُعْلًا وَاحِدًا، وَهَذَا أَظْهَرُ.

وَالنَّوْعُ الثَّانِي: مَا لَا يَكُونُ التَّعَدُّدُ فِيهِ مَقْصُودًا؛ كَالْإِتْيَانِ بِالخَبَرِ، فَهَلْ يَشْتَرِكُ الْآتُونَ بِهِ فِي الِاسْتِحْقَاقِ أَمْ يَخْتَصُّ بِهِ وَاحِدٌ مِنْهُمْ وَيُمَيَّزُ بِالْقُرْعَةِ؟

فِيهِ الخِلَافُ الَّذِي ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى، وَالَّذِي نَقَلَهُ صَالِحٌ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ يُعْتَقُ الجَمِيعُ، وَنَقَلَ حَنْبَلٌ أَنَّهُ يُعْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ بِالْقُرْعَةِ، وَحَمَلَ أَبُو بَكْرٍ رِوَايَةَ صَالِحٍ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ الْعُمُومَ، وَرِوَايَةَ حَنْبَلٍ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ وَاحِدًا غَيْرَ مُعَيَّنٍ، وَمَا ذَكَرْنَا أَشْبَهُ.

وَعَلَى هَذَا يَتَخَرَّجُ مَسْأَلَةُ: أَوَّلُكُنَّ يَطَّلِعُ عَلَيَّ؛ إِذَا قِيلَ: إِنَّ الْأَوَّلِيَّةَ صِفَةٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِن الْمُجْتَمِعِينَ؛ لِأَنَّ هَذَا التَّعْلِيقَ لَمْ يُقْصَدْ بِهِ إِلَّا وَاحِدٌ غَيْرُ مُعَيَّنٍ، لَمْ يُرِدْ بِهِ الجَمِيعَ، وَأَمَّا إِنْ قِيلَ: الْأَوَّلِيَّةُ صِفَةٌ لِلْمَجْمُوعِ يُوَجَّهُ وُقُوعُ الْعِتْقِ وَالطَّلَاقِ.

وَمِنْهَا: لَوِ اشْتَبَهَ عَبْدُهُ بِعَبِيدِ غَيْرِهِ، قَالَ الْقَاضِي: قِيَاسُ المَذْهَبِ أَنَّهُ يُعْتَقُ عَبْدُهُ الَّذِي يَمْلِكُهُ عَنْ وَاجِبٍ وَغَيْرِهِ، ثُمَّ يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ فَيَخْرُجُ عَبْدُهُ بِالْقُرْعَةِ، وَلَوِ اشْتَبَهَتْ زَوْجَتُهُ بِأَجَانِبَ فَطَلَّقَهَا، فَلَهُ إِخْرَاجُهَا بِالْقُرْعَةِ، وَنِكَاحُ الْبَوَاقِي؛ عَلَى قِيَاسِ مَا ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ فِيمَنْ أَسْلَمَ عَلَى أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعٍ، فَطَلَّقَ الجَمِيعَ ثَلَاثًا، أَنَّهُ يُخْرِجُ أَرْبَعًا بِالْقُرْعَةِ، ثُمَّ يَنْكِحُ الْبَوَاقِيَ، وَلَوِ اشْتَبَهَتْ أُخْتُهُ بِأَجْنَبِيَّاتٍ فَقَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: لَا يَمْتَنِعُ التَّمَيُّزُ بِالْقُرْعَةِ، كَمَا لَوْ زَوَّجَ إِحْدَى بَنَاتِهِ بِرَجُلٍ وَاشْتَبَهَ فِيهِنَّ، فَإِنَّهَا تُمَيَّزُ بِالْقُرْعَةِ عَلَى المَنْصُوصِ.

وَفِي عُمَدِ الْأَدِلَّةِ لِابْنِ عَقِيلٍ: لَوِ اخْتَلَطَ عَبْدُهُ بِأَحْرَارٍ لَمْ يُقْرِعْ، وَلَوِ اخْتَلَطَ مَنْ أَعْتَقَهُ وَلَهُ عِتْقُهُ، وَمَنْ لَا يَمْلِكُ عِتْقَهُ إِلَّا بِإِجَازَةٍ؛ جَازَ أَنْ يُقْرِعَ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ الْقُرْعَةَ لَا تَعْمَلُ فِي آكَدِ التَّحْرِيمَيْنِ وَتَعْمَلُ فِي أَيْسَرِهِمَا.



فصل:

وَهَذِهِ فَوَائِدُ تُلْحَقُ بِالْقَوَاعِدِ، وَهِيَ فَوَائِدُ مَسَائِلَ مُشْتَهِرَةٍ فِيهَا اخْتِلَافٌ فِي المَذْهَبِ يَنْبَنِي عَلَى الِاخْتِلَافِ، فهي فَوَائِدُ مُتَعَدِّدَةٌ:

▪ **الْأُولَى**: فَمِنْ ذَلِكَ مَا يُدْرِكُهُ المَسْبُوقُ فِي الصَّلَاةِ، هَلْ هُوَ آخِرُ صَلَاتِهِ أَوْ أَوَّلُهَا، وَفِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ:

أَحَدُهُمَا: مَا يُدْرِكُهُ آخِرُ صَلَاتِهِ، وَمَا يَقْضِيهِ أَوَّلُهَا، وَهِي ظَاهِرُ المَذْهَبِ.

وَالثَّانِيَةُ: عَكْسُهَا[١].

---

[١] أي: ما يُدْرِكه أوَّل صَلاتِه وما يَقضيه آخِرُها، إذنْ ما هو الدَّليلُ لهؤلاء وهؤلاء؟ الدَّليل قولُ النبي ﷺ: «**مَا أَدْرَكْتُمْ فَصَلُّوا، وَمَا فَاتَكُمْ فَاقْضُوا**»(١)، وفي لفظٍ: «**وَمَا فَاتَكُمْ فَأَتِمُّوا**»(٢)، قالوا: فإنه قال: «**وَمَا فَاتَكُمْ فَاقْضُوا**» والقضاءُ استدراكُ ما فاتَ، وعلى هذا فيَكُون ما يَقْضِيه أوَّلَ صَلاتِهِ، أيِ القضاء استدراك ما فاتَ، وعلى هذا فالمَقْضِيّ يكونُ آخِرَ الصَّلاةِ.

والقول الثَّاني: أنَّ ما يُدْرِكه المَسْبُوق أوَّل صلاتِهِ، وما يَقضيهِ آخِر صَلاتِه، واستدلُّوا بقولِهِ: «**وَمَا فَاتَكُمْ فَأَتِمُّوا**» والإتمامُ البناءُ على ما سبقَ، لا استدراكُ ما سَبَقَ، وأجاب عن قولِهِ: «**فَاقْضُوا**» بأنَّ القضاءَ يُقَال في الإتمامِ، ومنه قوله تَبَارَكَ وَتَعَالَى:

---

(١) أخرجه أبو داود: كتاب الصلاة، باب السعي إلى الصلاة، رقم (٥٧٢)، والنسائي: كتاب الإمامة، باب السعي إلى الصلاة، رقم (٨٦١).

(٢) أخرجه البخاري: كتاب الأذان، باب لا يسعى إلى الصلاة، وليأت بالسكينة والوقار، رقم (٦٣٦)، ومسلم: كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب استحباب إتيان الصلاة بوقار وسكينة، والنهي عن إتيانها سعيا، رقم (٦٠٢).

وَلِهَذَا الِاخْتِلَافِ فَوَائِدُ:

إِحْدَاهَا: مَحَلُّ الِاسْتِفْتَاحِ، فَعَلَى الْأُولَى يَسْتَفْتِحُ فِي أَوَّلِ رَكْعَةٍ يَقْضِيهَا؛ إِذْ هِيَ أَوَّلُ صَلَاتِهِ، نَقَلَهَا حَرْبٌ[١].

وَفِي شَرْحِ الْمَذْهَبِ لِلْقَاضِي: لَا يُشْرَعُ الِاسْتِفْتَاحُ فِيهَا؛ لِفَوَاتِ مَحَلِّهِ، وَعَلَى الثَّانِيَةِ يَسْتَفْتِحُ فِي أَوَّلِ رَكْعَةٍ يُدْرِكُهَا؛ لِأَنَّهَا أَوَّلَتُهُ، نَقَلَهَا ابْنُ الْأَصْرَمِ.

﴿فَقَضَىٰهُنَّ سَبْعَ سَمَٰوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾ [فصلت: ١٢]، أي أَتَمَّهُنَّ، وقوله تعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَىٰ مُوسَى ٱلْأَجَلَ﴾ [القصص: ٢٩]، يعني أتمَّه، وقال أيضًا: إنَّ هذا هو التَّرتيب الطَّبيعيّ أنْ يكونَ ما أدركَهُ أوَّلَ الصَّلاة، وآخِرها ما يَقْضِيه بعدُ، وهذا القولُ هو الرَّاجِحُ.

ويَنبني على هذا الخلافِ مسائلُ ذكَرَها، إذن نحن الآنَ تبيَّنَ لنا أنَّ الرَّاجحَ أنَّ ما أدركَهُ أوَّلُ صَلاتِهِ وما يَقْضِيه آخِرُ صَلاتِه.

فإنْ قال قائلٌ: إنَّ الرَّسولَ ﷺ قال: «**مَا أَدْرَكْتُمْ فَصَلُّوا**» وهو آخر الصلاةِ، فيقتضي أنْ يكونَ « **فَصَلُّوا**» آخرَ الصَّلاةِ؛ لأنَّ هذا الَّذِي أَدْرَكَهُ.

قُلنا: المعنَى « **فَصَلُّوا**» أيْ تابِعُوا الإمامَ فيه، بدليلِ قولِهِ: «**وَمَا فَاتَكُمْ فَأَتِمُّوا**».

[١] يعني إذا قامَ بعدَ التَّسليمِ معَ الإمامِ لِيَقْضِيَ يقول: «سُبحانَكَ اللَّهمَّ وبِحَمْدِكَ... إلى آخِرِهِ» أي دعاء الاستفتاحِ، ولا يقول أوَّل ما يدخل مع الإمام: «سبحانك اللَّهمَّ وبِحَمْدِكَ» لأنَّ ما أدركَ آخِرُ الصَّلاةِ، والَّذِي يَقضيه أَوَّلها، فيكون هنا الاستفتاحُ في أثناءِ الصلاةِ وليسَ في أوَّلها، وفي هذا قَلب الاستفتاحِ، فيجعل الاستفتاح في الوسَط.

الْفَائِدَةُ الثَّانِيَةُ: التَّعَوُّذُ، فَعَلَى الْأُولَى: يَتعَوَّذُ إِذَا قَامَ لِلْقَضَاءِ خَاصَّةً، وَعَلَى الثَّانِيَةِ: يَتعَوَّذُ فِي أَوَّلِ رَكْعَةٍ يُدْرِكُهَا، وَهَذَا بِنَاءً عَلَى قَوْلِنَا: إِنَّ التَّعَوُّذَ يَخْتَصُّ بِأَوَّلِ رَكْعَةٍ، فَأَمَّا عَلَى قَوْلِنَا: هُوَ مَشْرُوعٌ فِي كُلِّ رَكْعَةٍ فَتَلْغُو هَذِهِ الْفَائِدَةُ[١].

الْفَائِدَةُ الثَّالِثَةُ: هَيْئَةُ الْقِرَاءَةِ فِي الْجَهْرِ وَالْإِخْفَاتِ، فَإِذَا فَاتَتْهُ الرَّكْعَتَانِ الْأَوَّلَتَانِ مِنَ الْمَغْرِبِ أَوِ الْعِشَاءِ، جَهَرَ فِي قَضَائِهِمَا مِنْ غَيْرِ كَرَاهَةٍ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْأَثْرَمِ، وَإِنْ أَمَّ فِيهِمَا وَقُلْنَا بِجَوَازِهِ سُنَّ لَهُ الْجَهْرُ، وَهَذَا عَلَى الرِّوَايَةِ الْأُولَى، وَعَلَى الثَّانِيَةِ لَا جَهْرَ هَاهُنَا[٢].

---

[١] هل يَتَعَوَّذُ إذا دخلَ معَ الإمامِ أو إذا قَضَى؟ إنْ كَانَ بادئًا أوَّل صلاتِهِ تعوَّذ إذا دخلَ، وإذا قُلنا: ما يَقْضِيه أوَّل صلاتِه فلا يتعوَّذ إذا دخلَ، بل يتعوَّذ إذا قَضَى، لكن هناك قولٌ آخرُ مبنيٌّ على هذا، يقول: إنَّ الإنسانَ يتعوَّذ في كُلِّ ركعةٍ، إذا قلنا: يتعوَّذ في كُلِّ ركعةٍ فتُلْغَى هذه الفائدةُ.

يقول: لأنَّنا على هذا القولِ نقولُ: تَعَوَّذْ إذا دخلتَ معَ الإمامِ وإذا خرجتَ؛ لأنه يُشْرَع أنْ يَتَعَوَّذَ لِكُلِّ ركعةٍ، وهذه المسألةُ مختلَفٌ فيها، بناءً على هل القراءةُ في الصلاةِ قراءةٌ واحدةٌ أو لِكُلِّ ركعةٍ قِراءتُها؟

إنْ قلنا: إنَّ القراءةَ هي قراءةٌ واحدةٌ فإنه يَكْتَفِي بالتَّعوُّذ الأوَّل، وإذا قلنا: كُلّ ركعةٍ مُسْتَقِلَّة، فإنه يَتَعَوَّذ في كُلِّ ركعةٍ، والأقربُ أنَّ الصلاةَ قِراءَتُها واحدةٌ، ولهذا لا يقرأُ في الرَّكعةِ الأُولَى: ﴿إِذَا زُلْزِلَتِ ٱلْأَرْضُ زِلْزَالَهَا﴾، وفي الرَّكعة الثَّانِيَة: ﴿وَٱلتِّينِ وَٱلزَّيْتُونِ﴾؛ لأنَّ هذا قلبٌ، وإذا قلنا: لكُلِّ ركعةٍ قراءةٌ مُسْتَقِلَّةٌ صحَّ ذلك.

[٢] إذا قلنا: إنَّ ما يَقْضِيهِ أوَّل صَلاتِهِ، وفَاتَتْهُ الرَّكْعَتَانِ الْأَوَّلَتَانِ مِنَ المَغْرِبِ

الْفَائِدَةُ الرَّابِعَةُ: مِقْدَارُ الْقِرَاءَةِ، وَلِلْأَصْحَابِ فِي ذَلِكَ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ إِذَا أَدْرَكَ رَكْعَتَيْنِ مِنَ الرُّبَاعِيَّةِ فَإِنَّهُ يَقْرَأُ فِي الْمَقْضِيَّتَيْنِ بِالْحَمْدُ وَسُورَةٍ مَعَهَا، عَلَى كِلَا الرِّوَايَتَيْنِ. قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى: لَا يَخْتَلِفُ قَوْلُهُ فِي ذَلِكَ[١].

وَذَكَرَ الخَلَّالُ أَنَّ قَوْلَهُ اسْتَقَرَّ عَلَى ذَلِكَ، وَفِي الْمُغْنِي: هُوَ قَوْلُ الْأَئِمَّةِ الْأَرْبَعَةِ، لَا نَعْلَمُ عَنْهُمْ فِيهِ خِلَافًا.

وَالطَّرِيقُ الثَّانِي بِنَاؤُهُ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ، فَإِنْ قُلْنَا: مَا يَقْضِيه أَوَّلُ صَلَاتِهِ فَكَذَلِكَ، وَإِلَّا اقْتَصَرَ فِيهِ عَلَى الْفَاتِحَةِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي وَمَنْ بَعْدَهُ، وَذَكَره ابْنُ أَبِي مُوسَى تَخْرِيجًا وَقَدْ نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْأَثْرَمِ، وَأَوْمَأَ إِلَيْهِ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ وَغَيْرِه.

أَوِ الْعِشَاءِ، فإنه إذا قَضَى هاتينِ الرَّكعتينِ جهرَ في العشاءِ، وليسَ بينَ الرَّكعتينِ جلوسٌ، لكن في المغربِ سوفَ يَجلِس في الرَّكعةِ الأُولَى، ثم يقوم إلى الرَّكعةِ الثَّانيَةِ الَّتِي صارتْ هي الثَّالِثَةَ، والثَّالِثَة في المغربِ ليسَ فيها جهرٌ.

ولكننا نقول: الصَّواب أنَّ ما يُدرِكُهُ أوَّلُ الصَّلاةِ وما يقضيه آخِرُها، فإذا أدركَ وفاتَتْهُ الرَّكعتانِ الأُولَيَانِ مِنَ المَغْرِبِ وقامَ بعدَ سلامِ الإمامِ جهَرَ في الرَّكعةِ الأُولَى فقطْ، وفي الثَّانِيَة الَّتِي هي الثَّالِثَة لا يَجْهَرُ، وإنْ كَانَ في العشاءِ فإنه لا يَجْهَرُ في الرَّكعتينِ جميعًا؛ لأنه أدركَ الرَّكعتينِ الأخيرتينِ في العشاءِ وهما ركعتانِ أُولَيَانِ له، هذا هو القولُ الصَّحِيحُ، فصار إذا فاتَتْهُ الرَّكعتانِ الأُولَيَانِ مِنَ العِشاء ثُمَّ قام يَقْضِي فلا يَجْهَر، وإنْ فاتته الرَّكعتانِ الأُولَيَانِ مِنَ المغربِ ثُمَّ قامَ يَقْضِي جهرَ في الأُولَى دون الثَّانيَة، هذا هو القولُ الرَّاجِحُ.

[١] «**قَوْلُهُ**» أي: قولُ الإمامِ أحمدَ.

وَأَنْكَرَ صَاحِبُ المُحَرَّرِ الطَّرِيقَةَ الْأُولَى، وَقَالَ: لَا يَتَوَجَّهُ إِلَّا عَلَى رَأْيِ مَنْ رَأَى قِرَاءَةَ السُّورَةِ فِي كُلِّ رَكْعَةٍ أَوْ عَلَى رَأْيِ مَنْ رَأَى قِرَاءَةَ السُّورَتَيْنِ فِي الْآخِرَتَيْنِ إِذَا نَسِيَهُمَا فِي الْأَوَّلَتَيْنِ.

قُلْتُ: وَقَدْ أَشَارَ أَحْمَدُ إِلَى مَأْخَذٍ ثَالِثٍ، وَهُوَ الِاحْتِيَاطُ لِلتَّرَدُّدِ فِيهِمَا، وَقِرَاءَةُ السُّورَةِ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ، فَيُحْتَاطُ لَهَا أَكْثَرَ مِنَ الِاسْتِفْتَاحِ وَالِاسْتِعَاذَةِ، وَلَوْ أَدْرَكَ مِنَ الرُّبَاعِيَّةِ رَكْعَةً وَاحِدَةً، فَإِنْ قُلْنَا: مَا يَقْضِيه أُولَى صَلَاتِهِ قَرَأَ فِي الْأَوَّلَتَيْنِ مِنَ الثَّلَاثَةِ بِالحَمْدُ وَسُورَةٍ، وَفِي الثَّالِثَةِ بِالحَمْدُ وَحْدَهَا.

وَنَقَلَ عَنْهُ المَيْمُونِيُّ: يَحْتَاطُ وَيَقْرَأُ فِي الثَّلَاثِ بِالحَمْدُ وَسُورَةٍ.

قَالَ الخَلَّالُ: رَجَعَ عَنْهَا أَحْمَدُ[١].

---

[١] الله أكبر، هذا من وَرَعِ الإمامِ أحمدَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، أنَّه إذا رأَى القولَ الأوَّل خَطَأً رَجَعَ عنه، لكنْ إذا لم يَرْجِعْ وذكرَ قولًا آخرَ مُقابلًا صارَ عنه في المسألةِ قولانِ يُنسبانِ إليهِ، أمَّا إذا صرَّح بالرُّجوعِ فإنَّه يُلْغَى القوْلُ الأوَّلُ، ومن ذلكَ قولُه رَحِمَهُ ٱللَّهُ: كنتُ أقولُ: طلاقُ السَّكْرَان؛ أي بِوُقُوعِه، حَتَّى تَبَيَّنْتُهُ فرأيتُ أنِّي إذا قلتُ بِوُقُوعِهِ أتيتَ خَصلتينِ: حَرَّمْتُها على الأوَّلِ وأَحْلَلْتُها لغيرِه، وإذا قلتُ بِعَدَمِ وقوعِهِ أتيتُ خصلةً واحدةً وهي إحلالُها للأوَّل الَّذي طلَّق، وهذا صريحٌ بأنَّه رَجَعَ.

على كُلِّ حالٍ نحنُ مع صاحبِ المحرَّرِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، حيث أنكرَ أنْ تقرأَ سورة على القولِ بأنَّ ما يَقضيه آخِرُ صلاتِه، فنقول: إذا كَانَ ما يَقضيهِ آخِرَ صلاتِه فإنه لا يقرأ سورةً؛ لأنه فاتَ مَحَلُّ السُّورةِ كما أنه لا يَستفتح في الأوَّل، كذلك أيضًا لا يقرأ سُورة، فإذا أدركَ الرَّكعتينِ الأُخْرَيَيْنِ من صلاة الظُّهر ثُمَّ قام يَقضي فإنه يَقتصِر

الفائدة الخَامِسَةُ: قُنُوتُ الْوِتْرِ إِذَا أَدْرَكَهُ الْمَسْبُوق مَعَ مَنْ يُصَلِّي الْوِتْرَ بِسَلَامٍ وَاحِدٍ، فَإِنَّهُ يَقَعُ فِي مَحَلِّهِ، وَلَا يُعِيدُهُ إِنْ قُلْنَا: مَا يُدْرِكُهُ آخِرُ صَلَاتِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: أَوَّلُهَا أَعَادَهُ فِي آخِرِ رَكْعَةٍ يَقْضِيهَا[١].

الفائدة السَّادِسَةُ: تَكْبِيرَاتُ الْعِيدِ الزَّوَائِدُ إِذَا أَدْرَكَ الْمَسْبُوقُ الرَّكْعَةَ الثَّانِيَةَ مِنَ الْعِيدِ فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ أَوَّلُ صَلَاتِهِ كَبَّرَ خَمْسًا فِي الْمَقْضِيَّةِ، وَإِلَّا كَبَّرَ سَبْعًا[٢].

على الفاتحةِ، أمَّا مَن قال: يقرأ؛ فله مأخذانِ:

المأخَذُ الأوَّل: أنَّ قراءةَ السورةِ سُنَّة مؤكَّدة، فتُقضى.

والمأخَذُ الثَّاني: الاحتياطُ.

والصَّواب: أنه لا يقرأُ، بل يَقتصِر على الفاتحةِ، إلَّا إذا أدركَ ركعةً منَ المغرِبِ فإنه يقرأُ في الرَّكعةِ الأُولَى معَ الفاتحةِ سُورةً.

[١] صلاة الوتر إذا قُلنا: إنَّ ما يَقضيهِ أوَّلُ صَلاتِه، فإنَّه لا يُعيدُ القُنُوت؛ لأنه أدركَ القنوتَ في آخِرِ صلاتِه الَّتي أدركها مع الإمام، وإذا قلنا: إنَّ ما يُدْرِكُه أوَّل الصَّلاة، وما يَقضيه الآخِرُ، فإنه يعيدُ القنوتَ؛ لأنَّ قنوتَ الإمامِ الأوَّل في غير محله.

فائدةٌ في سُجُود السَّهو: ليتَ المصنِّف رَحِمَهُ اللَّهُ ذكَرَها، وهي: إذا سَهَا الإمامُ وسجدَ قبلَ السلامِ، إنْ قلنا: إنَّ ما أدركه آخِرُ صلاتِه فقد أَدْرَكَه مع الإمامِ وسجد السَّهو، وإذا قلنا: إنَّ ما أَدْرَكَهُ أَوَّلُ صلاتِهِ فإنه إذا قَضَى يجبُ عليه أنْ يسجدَ؛ لأنَّ سجودَهُ الأوَّل مع الإمامِ في غير مَحَلِّه، في أوَّل الصلاةِ.

[٢] في صَلاةِ العِيدِ نُكَبِّرُ في الأُولَى ستًّا، وفي الثَّانِيَة خمسًا، لكن في الأُولَى مع تكبيرةِ الإحـرامِ تكـونُ سبعةً، وفي الثَّانِيَة تكبيرةُ الانتقالِ تكـونُ ما بينَ الانتقالِ منَ

الفائدة السَّابِعَةُ: إِذَا سُبِقَ بِبَعْضِ تَكْبِيرَاتِ صَلَاةِ الجِنَازَةِ، فَإِنْ قُلْنَا: مَا يُدْرِكُهُ آخِرُ صَلَاتِهِ تَابَعَ الْإِمَامَ فِي الذِّكْرِ الَّذِي هُوَ فِيهِ، ثُمَّ قَرَأَ فِي أَوَّلِ تَكْبِيرَةٍ يَقْضِيهَا، وَإِنْ قُلْنَا مَا يُدْرِكُهُ أَوَّلُ صَلَاتِهِ قَرَأَ فِيهَا بِالْفَاتِحَةِ[١].

السُّجود إلى تمامِ القيامِ، فعلى هذا يكونُ التَّكبيرُ في الرَّكعةِ الأخيرةِ خمسًا، فهذا رجلٌ فاتَتْهُ صلاةُ الرَّكعة الأُولَى، وأدرك الثَّانِيَة، الإمامُ سَيُكَبِّر خمسًا، فإذا تابعه كبَّر خمسًا، إذا قلنا: إنَّ ما يَقضِيه إنما أدركه آخر صلاتِه يُكبّر في المقضيّة المؤلف يقول: سبعة، والصواب ستة؛ لأنَّ هذه السابعة كانتْ مع تكبيرةِ الإحرامِ، اللَّهمَّ إِلَّا أنْ يكونَ المؤلِّف أخذ بقولٍ آخرَ، والصحابة اختلفوا في هذا اختلافًا كثيرًا.

[١] هذه تقعُ كثيرًا، إذا جاء والإمامُ قد كبَّر التَّكبيرةَ الثَّالِثَة في الجنازةِ، فهل إذا كبّر يقرأُ الفاتحَةَ؛ لأنها أولُ صلاتِه، أو يدعو للميِّت؛ لأنَّ هذه التَّكبيرة محَلّ دعاءٍ للميِّت في حقِّ الإمامِ، إنْ قلنا: إنَّ ما يُدْرِكُه أوَّل صلاتِه يقرأ الفاتحَةَ، وإذا قلنا: إنه آخِرُ صلاتِهِ: يدعو للميِّت، وإذا نظرنا في الحديث: «**مَا أَدْرَكْتُمْ فَصَلُّوا**» فالَّذِي يَظْهَر لي هنا أنْ نقولَ: مُقتضَى الحديثِ أنْ تكونَ معَ الإمامِ، إنْ كَانَ في الصلاةِ على النبيِّ ﷺ صَلَّيْتَ، وإنْ كَانَ في الدُّعاءِ دعوتَ، وإنْ كَانَ في قراءةِ الفاتحةِ فاقْرَأِ الفاتحَةَ.

يبقى علينا إذا سلَّم الإمامُ وقد أَدْرَكَهُ في التَّكبيرةِ الثَّالِثَةِ، وكبَّر الرَّابعة وسلَّم، فما حُكم الفاتحةِ والصلاةِ على النبيِّ؟

نقول: تَسْقُطُ عنه، إِلَّا إذا بَقِيَتِ الجنازةُ إلى وقتٍ يُمْكِنُه أنْ يصليَ على النبيِّ ﷺ ويدعو للميِّت فيفعل، وإلَّا سقطَ عنه، ولهذا قال الفُقَهاء: في هذه الحالِ يَلْزَم أنْ يصليَ مع الإمامِ وله أنْ يتابعَ التَّكبيرَ إنْ خاف أنْ تخرجَ الجنازةُ، وله أنْ يرجعَ منَ الفاتحةِ، ثُمَّ الصلاة على النبي ﷺ إذا كَانَت الجنازة موجودة.

الْفَائِدَةُ الثَّامِنَةُ: مَحَلُّ التَّشَهُّدِ الْأَوَّلِ فِي حَقِّ مَنْ أَدْرَكَ مِنَ الْمَغْرِبِ أَوِ الرُّبَاعِيَّةِ رَكْعَةً، وَفِي الْمَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: يَتَشَهَّدُ عَقِيبَ قَضَاءِ رَكْعَةٍ.

وَالثَّانِيَةُ: عَقِيبَ رَكْعَتَيْنِ، نَقَلَهَا حَرْبٌ.

وَالْأَوْلَى اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ وَالْقَاضِي، وَذَكَرَ الْخَلَّالُ أَنَّ الرِّوَايَاتِ اسْتَقَرَّتْ عَلَيْهَا[1].

وَاخْتُلِفَ فِي بِنَاءِ الرِّوَايَتَيْنِ، فَقِيلَ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ إِنْ قُلْنَا: مَا يَقْضِيهِ أَوَّلُ صَلَاتِهِ لَمْ يَجْلِسْ إِلَّا عَقِيبَ رَكْعَتَيْنِ، وَإِنْ قُلْنَا: هُوَ آخِرُهَا تَشَهَّدَ عَقِيبَ رَكْعَةٍ؛ لِأَنَّهَا ثَانِيَتُهُ، وَهَذِهِ طَرِيقَةُ ابْنِ عَقِيلٍ فِي فُصُولِهِ، وَأَوْمَأَ إِلَيْهَا أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ.

وَقِيلَ: إِنَّ الرِّوَايَتَيْنِ عَلَى قَوْلِنَا: مَا يُدْرِكُهُ آخِرُ صَلَاتِهِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ صَاحِبِ الْمُحَرَّرِ وَغَيْرِهِ.

وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى ذَلِكَ صَرِيحًا فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللهِ وَالْبَرَاثِيِّ مُفَرِّقًا بَيْنَ الْقِرَاءَةِ وَالتَّشَهُّدِ، وَعُلِّلَ فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللهِ بِأَنَّهُ احْتَاطَ بِالْجَمْعِ بين مَذْهَبِ ابْنِ مَسْعُودٍ فِي الْجُلُوسِ عَقِيبَ رَكْعَةٍ ومَذْهَبِ ابْنِ عُمَرَ فِي الْقِرَاءَةِ فِي الرَّكْعَتَيْنِ،..........

---

[١] يقول: إذا أدركَ مِنَ المغرِبِ أوِ الرُّباعيّة ركعةً، ثُمَّ قام يَقضِي، هل يَتَشَهَّد منَ الرَّكعةِ الأُولَى من قَضائِهِ، أو في الرَّكعةِ الثَّانِيَة منْ قضائِه؟ إذا قلنا: إنَّ ما أدركهُ أوَّلُ صلاتِهِ يَتَشَهَّد في الرَّكعةِ الأُولَى من صلاتِه؛ لأنها هي الثَّانِيَةُ له، وإذا قلنا: إنَّ ما يَقضِيهِ هو آخِرُ صلاتِه ففي المغرِبِ لا يَتَشَهَّد إِلَّا بعدَ ركعتينِ.

وَقَدْ صَحَّ عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُ يَجْلِسُ عَقِيبَ رَكْعَةٍ مَعَ قَوْلِهِ: إِنَّ مَا أَدْرَكَهُ مَعَ الْإِمَامِ آخِرُ صَلَاتِهِ، نَقَلَهُ عَنْهُ أَحْمَدُ، وَزَعَمَ صَاحِبُ الْمُغْنِي أَنَّ الْكُلَّ جَائِزٌ.

وَيَرُدُّهُ مَا نَقَلَهُ مُهَنَّا عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ إِذَا جَلَسَ عَقِيبَ رَكْعَتَيْنِ سَجَدَ لِلسَّهْوِ، فَجَعَلَهُ كَتَارِكِ التَّشَهُّدِ الْأَوَّلِ.

وَمِمَّا يَحْسُنُ تَخْرِيجُهُ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ وَلَمْ نَجِدْهُ مَنْقُولًا: تَطْوِيلُ الرَّكْعَةِ الْأُولَى عَلَى الثَّانِيَةِ، وَتَرْتِيبُ السُّورَتَيْنِ فِي الرَّكْعَتَيْنِ، فَأَمَّا رَفْعُ الْيَدَيْنِ إِذَا أَقَامَ مِنَ التَّشَهُّدِ الْأَوَّلِ إِذَا قُلْنَا بِاسْتِحْبَابِهِ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَرْفَعَ إِذَا قَامَ إِلَى الرَّكْعَةِ الْمَحْكُومِ بِأَنَّهَا ثَالِثَتُهُ، سَوَاءٌ قَامَ عَنْ تَشَهُّدٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَرْفَعَ إِذَا قَامَ مِنْ تَشَهُّدِهِ الْأَوَّلِ الْمُعْتَدِّ بِهِ سَوَاءٌ كَانَ عَقِيبَ الثَّانِيَةِ أَوْ لَمْ يَكُنْ؛ لِأَنَّ مَحَلَّ هَذَا الرَّفْعِ هُوَ الْقِيَامُ مِنْ هَذَا التَّشَهُّدِ، فَيَتْبَعُهُ حَيْثُ كَانَ، وَهَذَا أَظْهَرُ، وَاللهُ أَعْلَمُ[١].

▪ **الثَّانِيَةُ**: الزَّكَاةُ هَلْ تَجِبُ فِي عَيْنِ النِّصَابِ أَوْ ذِمَّةِ مَالِكِهِ؟

اخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ فِي ذَلِكَ عَلَى طُرُقٍ:

إِحْدَاهَا: أَنَّ الزَّكَاةَ تَجِبُ فِي الْعَيْنِ رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَهِيَ طَرِيقَةُ ابْنِ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ.

وَالثَّانِيَةُ: أَنَّ الزَّكَاةَ تَجِبُ فِي الذِّمَّةِ رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي الْخَطَّابِ فِي الِانْتِصَارِ، وَصَاحِبِ التَّلْخِيصِ مُتَابَعَةً لِلْخِرَقِيِّ.

---

[١] معناه أنه إذا أدرك ركعةً منَ المَغْرِبِ فالقولُ الصَّحِيحُ أنه يَتَشَهَّد في الرَّكعةِ الأُولَى الَّتِي يَقْضِيها، فإذا قامَ منَ التَّشهُّد رفعَ يديْه؛ لأنَّ رفعَ اليدين يَتْبَع التَّشهُّد، هذا هو الصَّواب في هذهِ المسألةِ.

وَالثَّالِثَةُ: أَنَّهَا تَجِبُ فِي الذِّمَّةِ، وَتَتَعَلَّقُ بِالنِّصَابِ، وَقَعَ ذَلِكَ فِي كَلَامِ الْقَاضِي وَأَبِي الخَطَّاب وَغَيْرِهِمَا، وَهِيَ طَرِيقَةُ الشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ.

وَالرَّابِعَةُ: أَنَّ فِي المَسْأَلَةِ رِوَايَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: تَجِبُ فِي الْعَيْنِ، وَالثَّانِيَةُ فِي الذِّمَّةِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ الْمُتَأَخِّرِينَ، وَفِي كَلَامِ أَبِي بَكْرٍ فِي الشَّافِي مَا يَدُلُّ عَلَى هَذِهِ الطَّرِيقَةِ، وَلَكِنَّ آخِرَ كَلَامِهِ يُشْعِرُ بِتَنْزِيلِ الْقَوْلَيْنِ عَلَى اخْتِلَافِ حَالَيْنِ، وَهُمَا يَسَارُ المَالِكِ وَإِعْسَارُهُ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا وَجَبَتِ الزَّكَاةُ فِي ذِمَّتِهِ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا وَجَبَتْ فِي عَيْنِ مَالِهِ، وَهُوَ غَرِيبٌ.

وَلِـلِاخْتِلَافِ فِي مَحَلِّ التَّعَلُّقِ؛ هَلْ هُوَ الْعَيْنُ أَوِ الذِّمَّةُ فَوَائِدُ كَثِيرَةٌ[١].

الْأُولَى: إِذَا مَلَكَ نِصَابًا وَاحِدًا، وَلَمْ يُؤَدِّ زَكَاتَهُ أَحْوَالًا، فَإِنْ قُلْنَا: الزَّكَاةُ فِي الْعَيْنِ وَجَبَتْ زَكَاةُ الحَوْلِ الْأَوَّلِ دُونَ مَا بَعْدَهُ، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ، وَاخْتَارَهُ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ؛ لِأَنَّ قَدْرَ الزَّكَاةِ زَالَ المِلْكُ فِيهِ عَلَى قَوْلٍ، وَعَلَى آخَرَ ضَعُفَ المِلْكُ فِيهِ لِاسْتِحْقَاقِ تَمَلُّكِهِ، وَالمُسْتَحَقُّ فِي حُكْمِ المُؤَدَّى، فَصَارَ كَالمَنْذُورِ سَوَاءً؛.......

---

[١] الزَّكاةُ تَجِب على الإنسانِ إذا كَانَ عِندَه مالُ زَكاةٍ، لكن هل تجبُ في ذِمَّتِهِ ولها تعلُّق بالمالِ أم تجبُ في عينِ المالِ ولها تعلُّق بالذِّمَّة أم تَجِب في عَين المالِ مُطلَقًا، أم في المال مُطلقًا، أو هذه الطَّريقة الَّتِي ذكر أنها غريبة إنْ كَانَ المالك موسرًا ففي ذِمَّته، وإنْ كَانَ مُعسِرًا ففي عين المالِ؟ هذا الخلافُ موجودٌ في المَذْهَبِ ومعروفٌ، والمذهبُ أنَّها واجبةٌ في المالِ ولها تعلُّق بالذِّمَّة، وهذا هو أقربُ الأقوالِ.

ويَتَرَتَّب عليه فوائدُ كثيرةٌ.

فَإِنَّ الْمَنْذُورَ يَجُوزُ عِنْدَنَا إِبْدَالُهُ بِمِثْلِهِ، وَهَذَا كَذَلِكَ، وَإِنْ قُلْنَا: الزَّكَاةُ فِي الذِّمَّةِ وَجَبَتْ لِكُلِّ حَوْلٍ، إِلَّا إِذَا قُلْنَا: إِنَّ دينَ اللهِ عَزَّوَجَلَّ يَمْنَعُ الزَّكَاةَ.

وَقَالَ السَّامَرِّيُّ: يَتَكَرَّرُ زَكَاتُهُ لِكُلِّ حَوْلٍ عَلَى الْقَوْلَيْنِ، وَتَأَوَّلَ كَلَامَ أَحْمَدَ بِتَأْوِيلٍ فَاسِدٍ، وَهَذَا فِيمَا كَانَتْ زَكَاتُهُ مِنْ جِنْسِهِ، فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ كَالْإِبِلِ الْمُزَكَّاةِ بِالْغَنَمِ تَكَرَّرَتْ لِكُلِّ حَوْلٍ عَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ، نَصَّ عَلَيْهِ مُعَلِّلًا بِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَحِقَّ إِخْرَاجَ جُزْءٍ مِنْهُ فَيَبْقَى الْمِلْكُ فِيهِ تَامًّا، وَهَذَا مَا ذَكَرَ الْخَلَّالُ وَابْنُ أَبِي مُوسَى وَالْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ.

وَذَكَرَ الشِّيرَازِيُّ فِي الْمُبْهِجِ أَنَّهُ كَالْأَوَّلِ، لَا يَجِبُ سِوَى زَكَاةٍ وَاحِدَةٍ، وَمَتَى اسْتَأْصَلَتِ الزَّكَاةُ الْمَالَ سَقَطَتْ بَعْدَ ذَلِكَ، صَرَّحَ بِهِ فِي التَّلْخِيصِ.

وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا عَلَى وُجُوبِهَا فِي الدَّيْنِ بَعْدَ اسْتِغْرَاقِهِ بِالزَّكَاةِ، فَإِمَّا أَنْ يُحْمَلَ ذَلِكَ عَلَى الْقَوْلِ بِالْوُجُوبِ فِي الذِّمَّةِ، وَإِمَّا أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَ الدَّيْنِ وَالْعَيْنِ بِأَنَّ الدَّيْنَ وَصْفٌ حُكْمِيٌّ لَا وُجُودَ لَهُ فِي الْخَارِجِ، فَتَتَعَلَّقُ زَكَاتُهُ بِالذِّمَّةِ، رِوَايَةً وَاحِدَةً.

وَلَكِنْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ غَيْرِ وَاحِدٍ عَلَى التَّسْوِيَةِ بَيْنَ الدَّيْنِ وَالْعَيْنِ فِي امْتِنَاعِ الزَّكَاةِ فِيمَا بَعْدَ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ، وَصَرَّحَ بِذَلِكَ أَبُو بَكْرٍ وَغَيْرُهُ[1].

---

[١] هل تجب الزَّكاةُ في العَيْن أو في الذِّمَّة؟

يَتَرَتَّب على هذا مسائلُ:

الأُولَى: إذا مَلَكَ نِصابًا واحدًا ولم يُؤَدِّ زكاتَه، مثل إنسان عنده مِائتا دِرْهَم إسلاميّ، وهو النِّصاب، بَقِيَ عنده عدَّة سنوات لم يُزكِّ، فإنْ قلنا: إنَّ الزَّكاة واجبةٌ

تَنْبِيهٌ: تَعَلُّقُ الزَّكَاةِ بِالْعَيْنِ مَانِعٌ مِنْ وُجُوبِ الزَّكَاةِ فِي الحَوْلِ الثَّانِي وَمَا بَعْدَهُ، وَهَلْ هُوَ مَانِعٌ مِنِ انْعِقَادِ الحَوْلِ الثَّانِي ابْتِدَاءً؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ مَانِعٌ مِنْهُ لِقُصُورِ المِلْكِ، فَهُوَ كَدَيْنِ الْآدَمِيِّ وَأَوْلَى؛ لِتَعَلُّقِهِ بِالْعَيْنِ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي شَرْحِ المَذْهَبِ وَصَاحِبِ المُغْنِي.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ غَيْرُ مَانِعٍ مِنْ الِانْعِقَادِ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ وَابْنِ عَقِيلٍ، وَنَقَلَ صَاحِبُ المُحَرَّرِ الِاتِّفَاقَ عَلَيْهِ، وَهُوَ ظَاهِرُ مَا ذَكَرَهُ الخَلَّالُ فِي الجَامِعِ.

وَأَوْرَدَ عَنْ أَحْمَدَ مِنْ رِوَايَةِ حَنْبَلٍ مَا يَشْهَدُ لَهُ، فَلَوْ أَخْرَجَ الزَّكَاةَ الْأُولَى مِنْ غَيْرِ النِّصَابِ فِي أَثْنَاءِ الحَوْلِ الثَّانِي بُنِيَ الحَوْلُ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ بَيْنَهُمَا عَلَى هَذَا، وَعَلَى الْأَوَّلِ يَسْتَأْنِفُهُ مِنْ حِينِ الْإِخْرَاجِ، وَيَنْبَنِي عَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ مَسْأَلَةٌ مَعْرُوفَةٌ فِي بَابِ الخُلْطَةِ، وَاللهُ أَعْلَمُ[١].

في عينِ المالِ لم يجبْ عليه إِلَّا زكاة أَوَّل سنةٍ فقطْ؛ لأنَّ مِئَةَ دِرْهَم زَكَاتُها خمسةُ دَرَاهِمَ، فيبقى مِئَة وخمسة وتسعونَ دِرْهمًا، ومِئَة وخمسة وتسعونَ دِرهمًا دونَ النِّصَاب، وما دونَ النِّصاب فلا زكاةَ فيه، هذا إذا قلنا: إنَّ الزَّكاةَ تَجِب في العَين.

وإذا قُلنا: في الذِّمَّة؛ وَجَبَتْ عليه الزَّكاةُ في كُلِّ سنةٍ، أَوَّل سنة: خمسة دَرَاهِم، وثاني سنة: أخذ مِنها خمسةً؛ لأنها صارتْ مِئَة وخمسة وتسعينَ، فنقصتْ، وثالث سنة تَنْقُص، بحساباتٍ معروفةٍ، فذِمَّة الإنسانِ انشغلتْ في أَوَّل سنةٍ بخمسةِ ريالاتٍ، وثاني سنة بخمسِ ريالاتٍ، وهلُمَّ جرًّا؛ لأنها تجبُ في الذِّمَّة، هذه هي المسألة الَّتِي ذَكَرَها المؤلِّف.

[١] الخُلْطَة أنواعٌ، إذا عَرفنا الخُلْطَة عَرفنا ما يَنبني عليها، أَوَّلًا أَسِّس ثُمَّ ابْنِ.

الفائدة الثَّانِيَةُ: إِذَا تَلِفَ النِّصَابُ أَوْ بَعْضُهُ قَبْلَ التَّمَكُّنِ مِنْ أَدَاءِ الزَّكَاةِ، وَبَعْدَ تَمَامِ الحَوْلِ، فَالمَذْهَبُ المَشْهُورُ أَنَّ الزَّكَاةَ لَا تَسْقُطُ بِذَلِكَ، إِلَّا زَكَاةَ الزُّرُوعِ وَالثِّمَارِ إِذَا تَلِفَتْ بِجَائِحَةٍ قَبْلَ الْقَطْعِ، فَتسْقُطُ زَكَاتُهَا اتِّفَاقًا؛ لِانْتِفَاءِ التَّمَكُّنِ مِنَ الِانْتِفَاعِ بِهَا.

وَخَرَّجَ ابْنُ عَقِيلٍ وَجْهًا بِوُجُوبِ زَكَاتِهَا أَيْضًا، وَهُوَ ضَعِيفٌ مُخَالِفٌ لِلْإِجْمَاعِ، وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةٌ ثَانِيَةٌ بِالسُّقُوطِ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: هِيَ عَامَّةٌ فِي جَمِيعِ الْأَمْوَالِ، وَمِنْهُمْ مَنْ خَصَّهَا بِالمَالِ الْبَاطِنِ دُونَ الظَّاهِرِ، وَمِنْهُمْ مَنْ عَكَسَ ذَلِكَ، وَمِنْهُمْ مَنْ خَصَّهَا بِالمَوَاشِي.

وَاخْتَلَفُوا فِي مَأْخَذِ الخِلَافِ عَلَى طَرِيقَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ الْبِنَاءُ عَلَى الخِلَافِ فِي مَحَلِّ الزَّكَاةِ، فَإِنْ قِيلَ: هُوَ الذِّمَّةُ لَمْ يَسْقُطْ، وَإِلَّا سَقَطَتْ، وَهُوَ طَرِيقُ الحُلْوَانِيِّ فِي التَّبْصِرَةِ وَالسَّامَرِّيِّ، وَقِيلَ: إِنَّهُ ظَاهِرُ كَلَامِ الخِرَقِيِّ، وَفِي كَلَامِ أَحْمَدَ إِيمَاءٌ إِلَيْهِ أَيْضًا.

وَالطَّرِيقُ الثَّانِي: عَدَمُ الْبِنَاءِ عَلَى ذَلِكَ، وَهُوَ طَرِيقُ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ.

فَوَجْهُ اسْتِقْرَارِ الْوُجُوبِ مُطْلَقًا أَنَّا إِنْ قُلْنَا: التَّعَلُّقُ بِالذِّمَّةِ فَظَاهِرٌ، وَإِنْ قُلْنَا: بِالْعَيْنِ فَلِأَنَّ وُجُوبَهَا كَانَ شُكْرًا لِنِعْمَةٍ، ثُمَّ سَبَبُهَا وَهُوَ مِلْكُ النِّصَابِ النَّامِي، وَشَرْطِهَا وَهُوَ الحَوْلُ، فَاسْتَقَرَّ وُجُوبُهَا بِتَمَامِ الِانْتِفَاعِ بِهَذَا المَالِ حَوْلًا كَالْأُجْرَةِ المُعَيَّنَةِ المُسْتَقِرَّةِ بِانْقِضَاءِ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ.

وَأَيْضًا فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: تَعَلُّقُهَا بِالْعَيْنِ، وَلَا يَبْقَى تَعَلُّقُهَا بِالذِّمَّةِ، فَهِيَ كَدَيْنِ الرَّهْنِ، وَوَجْهُ السُّقُوطِ مُطْلَقًا أَنَّا إِنْ قُلْنَا: تَعَلُّقُهَا بِالْعَيْنِ فَوَاضِحٌ كَالْأَمَانَاتِ وَالْعَبْدِ

الجَانِي، وَإِنْ قُلْنَا: بِالذِّمَّةِ فَالْوُجُوبُ إِنَّمَا يَسْتَقِرُّ فِيهَا بِالتَّمَكُّنِ مِنَ الْفِعْلِ؛ كَالصَّلَاةِ عَلَى رِوَايَةٍ، يُوَضِّحُهُ أَنَّ الزَّكَاةَ وَجَبَتْ مُوَاسَاةً لِلْفُقَرَاءِ مِنَ المَالِ، فَتَسْقُطُ بِتَلَفِهِ وَفَقْرِ صَاحِبِهِ، وَاخْتَارَ السُّقُوطَ مُطْلَقًا صَاحِبُ المُغْنِي[١].

الْفَائِدَةُ الثَّالِثَةُ: إِذَا مَاتَ مَنْ عَلَيْهِ زَكَاةٌ أَوْ دَيْنٌ وَضَاقَتِ التَّرِكَةُ عَنْهُمَا، فَالمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُمَا يَتَحَاصَّانِ. نَقَلَهُ عَنْهُ أَحْمَدُ بْنُ الْقَاسِمِ وَحَرْبٌ وَيَعْقُوبُ ابْنُ بختانَ.

وَاخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ فِي ذَلِكَ؛ فَمِنْهُمْ مَنْ أَقَرَّ النَّصَّ عَلَى ظَاهِرِهِ وَأَجْرَى المُحَاصَّةَ عَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ فِي مَحَلِّ الزَّكَاةِ؛ لِأَنَّا إِنْ قُلْنَا: هُوَ الذِّمَّةُ فَقَدْ تَسَاوَيَا فِي مَحَلِّ التَّعَلُّقِ، وَفِي أَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا حَقٌّ لِآدَمِيٍّ، وَتَمْتَازُ الزَّكَاةُ بِمَا فِيهَا مِنْ حَقِّ اللهِ عَزَّوَجَلَّ. وَإِنْ قُلْنَا: الْعَيْنُ فَدَيْنُ الْآدَمِيِّ يَتَعَلَّقُ بَعْدَ مَوْتِهِ بِالتَّرِكَةِ أَيْضًا فَيَتَسَاوَيَانِ، وَهَذِهِ طَرِيقَةُ أَبِي الخَطَّابِ وَصَاحِبِ المُحَرَّرِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ حَمَلَ النَّصَّ بِالمُحَاصَّةِ عَلَى الْقَوْلِ بِتَعَلُّقِ الزَّكَاةِ بِالذِّمَّةِ لِاسْتِوَائِهَا فِي مَحَلِّ التَّعَلُّقِ،...

---

[١] هذه المسألةُ صحيحةٌ؛ أنَّه إذا تَلِفَ النِّصَابُ بعدَ تمامِ الحولِ وقبلَ الاستقرارِ قبلَ أنْ تُجْمَعَ الثِّمار فإنَّه لا زكاةَ فيها؛ لأنها لم تَسْتَقِرَّ، وإنِ استقرّتْ فعليه الزَّكاةُ إذا تَلِفَتْ، إنْ كَانَ بتعدٍّ منه أو تفريطٍ، وإنْ كانتْ من غيرِ تعدٍّ ولا تفريطٍ فلا زكاةَ، فهذا هو الصَّحِيحُ؛ لأنها قبلَ استقرارِ الوجوبِ لم تَجِبْ، وبعد استقرارِ الوجوبِ صارتْ أمانةً عنده، فإذا تلِفت من غير تعدٍّ منه ولا تفريطٍ فليسَ عليه ضمانٌ؛ لأنَّ فيها شائبةَ حقٍّ له، أقوى من كونها مصلحةً للفقراءِ وأهلِ الزَّكاةِ، وهذا الَّذِي اختارَه صاحبُ المُغْنِي، اختار السُّقوط مطلقًا.

فَأَمَّا عَلَى الْقَوْلِ بِتَعَلُّقِهَا بِالنِّصَابِ فَتُقَدَّمُ الزَّكَاةُ لِتَعَلُّقِهَا بِالْعَيْنِ كَدَيْنِ الرَّهْنِ، وَهَذِهِ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَالسَّامَرِّيِّ.

وَفِي كَلَامِ أَحْمَدَ إِيمَاءٌ إِلَيْهَا، وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ وَافَقَ عَلَى هَذَا الْبِنَاءِ، لَكِنْ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ النِّصَابُ مَوْجُودًا؛ إِذْ لَا تَعَلُّقَ بِالْعَيْنِ إِلَّا مَعَ وُجُودِهِ، فَأَمَّا مَعَ تَلَفِهِ فَالزَّكَاةُ فِي الذِّمَّةِ، فَيُسَاوِي دَيْنَ الْآدَمِيِّ.

وَهَذَا تَخْرِيجٌ فِي الْمُحَرَّرِ، مَعَ أَنَّ صَاحِبَهُ ذَكَرَ فِي شَرْحِ الْهِدَايَةِ أَنَّ النِّصَابَ مَتَى كَانَ مَوْجُودًا قُدِّمَتِ الزَّكَاةُ، سَوَاءٌ قُلْنَا: تَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ أَوْ بِالذِّمَّةِ؛ لِأَنَّهُ تَعَلُّقٌ بِسَبَبِ الْمَالِ يَزْدَادُ بِزِيَادَتِهِ، وَيَنْقُصُ بِنَقْصِهِ، وَيَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ صِفَاتِهِ، وَالزَّكَاةُ مِنْ قَبِيلِ مُؤَنِ الْمَالِ وَحُقُوقِهِ وَنَوَائِبِهِ، فَتُقَدَّمُ لِذَلِكَ عَلَى سَائِرِ الدُّيُونِ.

وَحَمَلَ نَصَّ أَحْمَدَ بِالْمُحَاصَّةِ عَلَى حَالَةِ عَدَمِ النِّصَابِ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمَالِكُ حَيًّا وَأَفْلَسَ فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّهُ يُقَدَّمُ الدَّيْنُ عَلَى الزَّكَاةِ؛ لِأَنَّ تَأَخُّرَ إِخْرَاجِ الزَّكَاةِ سَائِغٌ لِلْعُذْرِ، وَهُوَ مُحْتَاجٌ هَاهُنَا إِلَى إِسْقَاطِ مُطَالَبَةِ الْآدَمِيِّ لَهُ وَمُلَازَمَتِهِ وَحَبْسِهِ، فَيَكُونُ عُذْرًا لَهُ فِي التَّأْخِيرِ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الْمَوْتِ فَإِنَّهُ لَوْ قُدِّمَ دَيْنُ الْآدَمِيِّ لَفَاتَتِ الزَّكَاةُ بِالْكُلِّيَّةِ.

وَظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ أَنَّهُ تُقَدَّمُ الزَّكَاةُ حَتَّى فِي حَالَةِ الْحَجْرِ، وَهَذَا قَدْ يَتَنَزَّلُ عَلَى الْقَوْلِ بِالْوُجُوبِ فِي الْعَيْنِ، إِلَّا أَنَّ صَاحِبَ شَرْحِ الْهِدَايَةِ صَرَّحَ بِتَقْدِيمِهَا عَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ مَعَ بَقَاءِ النِّصَابِ؛ كَقَوْلِهِ فِيمَا بَعْدَ الْمَوْتِ عَلَى مَا سَبَقَ[١].

---

[١] والصَّحِيحُ في هـذه المسألةِ أنَّهما يَتَحاصَّانِ؛ لقـولِ النبيِّ ﷺ: «اقْضُوا اللهَ

الفائدة الرَّابِعَةُ: إذَا كَانَ النِّصَابُ مَرْهُونًا وَوَجَبَتْ فِيهِ الزَّكَاةُ، فَهَل تُؤَدَّى زَكَاتُهُ مِنْهُ؟هَاهُنَا حَالَتَانِ:

إحْدَاهُمَا: أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ يُؤَدِّي مِنْهُ الزَّكَاةَ، فَتُؤَدَّى الزَّكَاةُ مِنْ عَيْنِهِ، صَرَّحَ بِهِ الخِرَقِيُّ وَالْأَصْحَابُ، وَلَهُ مَأْخَذَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الزَّكَاةَ يَنْحَصِرُ تَعَلُّقُهَا بِالْعَيْنِ، وَدَيْنَ الرَّهْنِ يَتَعَلَّقُ بِالذِّمَّةِ وَالْعَيْنِ، فَيُقَدَّمُ عِنْدَ التَّزَاحُمِ مَا اخْتَصَّ تَعَلُّقُهُ بِالْعَيْنِ، كَمَا يُقَدَّمُ حَقُّ الجَانِي عَلَى الْمُرْتَهِنِ؛ إِذِ الحَقُّ الْمُنْحَصِرُ فِي الْعَيْنِ يَفُوتُ بِفَوَاتِهَا، بِخِلَافِ الْمُتَعَلِّقِ بِالذِّمَّةِ مَعَ الْعَيْنِ، فَإِنَّهُ يُسْتَوْفَى مِنَ الذِّمَّةِ عِنْدَ فَوَاتِ الْعَيْنِ، وَهَذَا مَأْخَذُ الْقَاضِي، وَفِيهِ ضَعْفٌ؛ فَإِنَّ الزَّكَاةَ عِنْدَنَا لَا تَسْقُطُ بِتَلَفِ النِّصَابِ مُطْلَقًا، بَلْ تَتَعَلَّقُ بِالذِّمَّةِ حِينَئِذٍ، فَهِيَ إِذَنْ كَدَيْنِ الرَّهْنِ.

فَاللهُ أَحَقُّ بِالْوَفَاءِ»[1]، فإذا ماتَ إنسانٌ وعليه زكاة مِئَة رِيالٍ، وعليه دَيْن مِئَة ريالٍ، ولم يكن له تَرِكة إلَّا مِئَة ريالٍ، فهل نُقَدِّم الزَّكاةَ ونقول: نَدْفَع المِئَة في الزَّكاةِ، أو دَين الآدميِّ ونقول: ندفع المِئَةَ في دَين الآدميِّ أو يَتَحَاصَّان؟ الصَّحِيح أنهما يَتحاصَّان، فنعطي للزَّكاةِ خمسينَ رِيالًا، ولِدَيْنِ الآدميّ خمسين ريالًا.

ومنهم مَن قدَّم الزَّكاة لقولِه: «**فَاللهُ أَحَقُّ بِالْوَفَاءِ**»، ومنهم مَن قدَّم حقَّ الآدميِّ؛ لأنه مبنيٌّ على المشاحَّة، ومنهم مَن فصَّل فقال: إنْ كَانَ المالُ الَّذِي فيه حقّ الزَّكاة باقيًا فإنه تُقَدَّم الزَّكاة، وإنْ كَانَ قد تلِف فيُقدَّم حقُّ الآدميِّ، ولكن الَّذِي يظهر لي الَّذِي ذكرتُ سابقًا أنهما يتحاصَّانِ؛ يعني يُقسم بينهما.

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب جزاء الصيد، باب الحج والنذور عن الميت، والرجل يحج عن المرأة، رقم (١٨٥٢).

وَأَظْهَرُ مِنْ هَذَا أَنْ يُقَالَ: تَعلُّقُ الزَّكَاةِ قَهْرِيٌّ، وَتَعلُّقُ الرَّهْنِ اخْتِيَارِيٌّ، وَالْقَهْرِيُّ أَقْوَى كَالجِنَايَةِ، أَوْ يُقَالُ: هُوَ تَعلُّقٌ بِسَبَبِ المَالِ، وَتَعلُّقُ الرَّهْنِ بِسَبَبٍ خَارِجِيٍّ، وَالتَّعَلُّقُ بِسَبَبِ المَالِ يُقَدَّمُ؛ كَجِنَايَةِ الْعَبْدِ المَرْهُونِ، وعَلَى هَذَا المَأْخَذِ مَتَى قِيلَ بِتَعلُّقِ الزَّكَاةِ بِالذِّمَّةِ خَاصَّةً لَمْ تُقَدَّمْ عَلَى حَقِّ الْمُرْتَهِنِ؛ لِتَعلُّقِهِ بِالْعَيْنِ، وَصَرَّحَ بِهِ بَعْضُ المُتَأَخِّرِينَ.

وَالمَأْخَذُ الثَّانِي: أَنَّ النِّصَابَ سَبَبُ دَيْنِ الزَّكَاةِ، فيُقَدَّمُ دَيْنُهَا عِنْدَ مُزَاحَمَةِ غَيْرِهِ مِنَ الدُّيُونِ فِي النِّصَابِ كَمَا يُقَدَّمُ مَنْ وُجِدَ عَيْنُ مَالِهِ عِنْدَ رَجُلٍ أَفْلَسَ، وَهَذَا مَأْخَذُ صَاحِبِ التَّلْخِيصِ، وَعَلَى هَذَا فَلَا يَفْتَرِقُ الحَالُ بَيْنَ قَوْلِنَا: تَتَعَلَّقُ الزَّكَاةُ بِالذِّمَّةِ أَوْ بِالْعَيْنِ[١].

---

[١] الأصلُ في هذه الفائدةِ: إذا كَانَ النِّصَابُ مَرْهُونًا ووَجَبَ فيه الزَّكاةُ، فهل يُخرِج زكاتَه مِنه أو من مالٍ آخرَ؟ إنسانٌ عِندَه أربعونَ شاةً قد رَهَنَها لشخصٍ ووَجَبَتْ فيها الزَّكاةُ، فهل يُخرِج الزَّكاةَ الَّتِي تَجِبُ في الأربعينَ مِن هذه الغنَمِ؟ أو من غنمٍ أُخرى؟ إذا قلنا: إنَّ الزَّكاةَ تَتَعَلَّق بالعينِ فإنه يُخْرِج منها، وإذا قلنا: في الذِّمَّة فإنه يخرج مِن غَنَمٍ أخرى.

ووجه ذلك: أنَّا إذا قلنا: تَجِبُ في عينِ المالِ فهذا مالٌ وجَبَتْ زكاتُه شرعًا، فيقدَّم على حقِّ المُرْتَهِنِ؛ لأنَّ حقَّ المرتهِنِ الآنَ يَنْقُصُ من الأربعينَ واحدةً، وإذا قلنا: إنها تَتَعَلَّقُ بالذِّمَّة فإنَّ هذه الغَنَم لا يَتَعَلَّق بها شيءٌ، ويُقَال للرجُلِ: أَخْرِجِ الزَّكاةَ من مالٍ آخرَ؛ لأنَّ الزَّكاةَ تَجِبُ في ذِمَّته، هذه الخُلاصة.

وإذا سأل سائلٌ عنِ الراجحِ في المسألةِ؟

الحَالَةُ الثَّانِيَةُ: أَنْ يَكُونَ لِلْمَالِكِ مَالٌ يُؤَدِّي مِنْهُ الزَّكَاةَ غَيْرَ الرَّهْنِ، فَلَيْسَ لَهُ أَدَاءُ الزَّكَاةِ مِنْهُ بِدُونِ إِذْنِ الْمُرْتَهِنِ عَلَى الْمَذْهَبِ.

وَذَكَرَهُ الخِرَقِيُّ أَيْضًا؛ لِأَنَّ تَعَلُّقَ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ مَانِعٌ مِنْ تَصَرُّفِ الرَّاهِنِ فِي الرَّهْنِ بِدُونِ إِذْنٍ، وَالزَّكَاةُ لَا يَتَعَيَّنُ إِخْرَاجُهَا مِنْهُ.

وَذَكَرَ السَّامَرِّيُّ أَنَّهُ مَتَى قُلْنَا: الزَّكَاةُ تَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ فَلَهُ إِخْرَاجُهَا مِنْهُ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ تَعَلُّقٌ قَهْرِيٌّ، وَيَنْحَصِرُ فِي الْعَيْنِ، فَهُوَ كَحَقِّ الجِنَايَةِ.

الْفَائِدَةُ الخَامِسَةُ: التَّصَرُّفُ فِي النِّصَابِ أَوْ بَعْضِهِ بَعْدَ الحَوْلِ بِبَيْعٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَالْمَذْهَبُ صِحَّتُهُ، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ، قَالَ الْأَصْحَابُ: وَسَوَاءٌ قُلْنَا: الزَّكَاةُ فِي الْعَيْنِ أَوْ فِي الذِّمَّةِ.

وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ فِي الشَّافِي أَنَّا إِنْ قُلْنَا: الزَّكَاةُ فِي الذِّمَّةِ؛ صَحَّ التَّصَرُّفُ مُطْلَقًا، وَإِنْ قُلْنَا: فِي الْعَيْنِ؛ لَمْ يَصِحَّ التَّصَرُّفُ فِي مِقْدَارِ الزَّكَاةِ، وَهَذَا مُتَوَجِّهٌ عَلَى قَوْلِنَا: إِنَّ تَعَلُّقَ الزَّكَاةِ تَعَلُّقُ شَرِكَةٍ أَوْ رَهْنٍ، صَرَّحَ بِهِ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ.

فالجواب: أنَّ الرَّاجحَ أنها تجبُ في عينِ المالِ، والدَّليلُ منَ القرآنِ والسنَّة ﴿**خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً**﴾ [التوبة: ١٠٣]، و«**أَعْلِمْهُمْ أَنَّ اللهَ افْتَرَضَ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً فِي أَمْوَالِهِمْ**»(١) لكن لها تَعلُّق بتلك؛ لأنه لو تَلِفَ هذا النِّصابُ بعدَ وُجوبِ الزَّكاة لَوَجَبَ على مَن عليه الزَّكاةُ أنْ يُؤَدِّيَ من مالِهِ، وهذه عبارةُ زاد الْمُسْتَقْنِعِ: وتجب الزَّكاة في عينِ المالِ ولها تعلُّق في الذِّمَّة(٢).

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب الزكاة، باب وجوب الزكاة، رقم (١٣٩٥)، ومسلم: كتاب الإيمان، باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام، رقم (١٩).

(٢) زاد المستقنع في اختصار المقنع (ص:٧٣) ط. دار الوطن.

وَنَزَّلَ أَبُو بَكْرٍ عَلَى هَذَا الِاخْتِلَافِ الرِّوَايَتَيْنِ الْمَنْصُوصَتَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ فِي الْمَرْأَةِ إِذَا وَهَبَتْ زَوْجَهَا مَهْرَهَا الَّذِي لَـهَا فِي ذِمَّتِهِ، فَهَلْ تَجِبُ زَكَاتُهُ عَلَيْهِ أَوْ عَلَيْهَا؟

قَالَ: فَإِنْ صَحَّحْنَا هِبَةَ الْمَهْرِ جَمِيعِهِ، فَعَلَى الْمَرْأَةِ إِخْرَاجُ زَكَاتِهِ مِنْ مَالِهَا، وَإِنْ صَحَّحْنَا الْهِبَةَ فِيمَا عَدَا مِقْدَارِ الزَّكَاةِ كَانَ قَدْرُ الزَّكَاةِ حَقًّا لِلْمَسَاكِينِ فِي ذِمَّةِ الزَّوْجِ، فَيَلْزَمُهُ أَدَاؤُهُ إِلَيْهِمْ، وَيَسْقُطُ عَنْهُ بِالْهِبَةِ مَا عَدَاهُ، وَهَذَا بِنَاءٌ غَرِيبٌ جِدًّا.

وَعَلَى الْمَذْهَبِ فَلَوْ بَاعَ النِّصَابَ كُلَّهُ تَعَلَّقَتِ الزَّكَاةُ بِذِمَّتِهِ حِينَئِذٍ بِغَيْرِ خِلَافٍ، كَمَا لَوْ تَلِفَ، فَإِنْ عَجَزَ عَنْ أَدَائِهَا فَطَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: مَا قَالَهُ صَاحِبُ شَرْحِ الْهِدَايَةِ: إِنْ قُلْنَا: الزَّكَاةُ فِي الذِّمَّةِ ابْتِدَاءً لَمْ يُفْسَخِ الْبَيْعُ، كَمَا لَوْ وَجَبَ عَلَيْهِ دَيْنُ الْآدَمِيِّ وَهُوَ مُوسِرٌ، فَبَاعَ مَتَاعَهُ، ثُمَّ أَعْسَرَ، وَإِنْ قُلْنَا: فِي الْعَيْنِ فُسِخَ الْعَقْدُ فِي قَدْرِهَا تَقْدِيمًا لِحَقِّ الْمَسَاكِينِ لِسَبْقِهِ.

وَالثَّانِي: مَا قَالَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِي: إِنَّهَا تَتَعَيَّنُ فِي ذِمَّتِهِ كَسَائِرِ الدُّيُونِ بِكُلِّ حَالٍ، ثُمَّ ذَكَرَ احْتِمَالًا بِالْفَسْخِ فِي مِقْدَارِ الزَّكَاةِ مِنْ غَيْرِ بِنَاءٍ عَلَى مَحَلِّ التَّعَلُّقِ[١].

---

[١] هذه الفائدةُ إذا باعَ الإنسانُ ما فيه زكاةٌ قبلَ أَدائِها، مثل هذه الغنَم أربعون فيها شاةٌ فباعها، فهل يصحّ هذا البيعُ أمْ لا يَصِحُّ؟

يقولُ المؤلِّف: إنَّه يَصِحّ البيعُ سَواء قلنا: إنَّ الزَّكاة واجبةٌ في العينِ أو واجبةٌ في الذِّمَّة، ويُخرِج الزَّكاة من قيمة الغنَمِ، وقِيلَ: إنَّ هذا يَنْبَنِي على الخلافِ إذا قلنا: إنها تجبُ في العينِ؛ فإنه لا يصحّ البيعُ فيما يقابلُ الزَّكاةَ، وهي واحدةٌ من أربعينَ، وإنْ قلنا: تَجِبُ في الذِّمَّة؛ صحَّ البيعُ في الجميعِ، وهنا ينبغي أنْ يُقَال: إذا باعه فإنْ كَانَ له مال فالبيع صحيحٌ وتُؤخَذ الزَّكاة منَ المالِ، وإنْ لم يكنْ له مالٌ فالبيعُ صحيحٌ فيما عدا

الْفَائِدَةُ السَّادِسَةُ: لَوْ كَانَ النِّصَابُ غَائِبًا عَنْ مَالِكِهِ لَا يَقْدِرُ عَلَى إِخْرَاجِ الزَّكَاةِ مِنْهُ، لَمْ يَلْزَمْهُ إِخْرَاجُ زَكَاتِهِ حَتَّى يَتَمَكَّنَ مِنَ الْأَدَاءِ مِنْهُ.

نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا، وَصَرَّحَ بِهِ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ فِي مَوْضِعٍ مِنْ شَرْحِ الْهِدَايَةِ؛ لِأَنَّ الزَّكَاةَ مُوَاسَاةٌ، فَلَا يَلْزَمُ أَدَاؤُهَا قَبْلَ التَّمَكُّنِ مِنْ الِانْتِفَاعِ بِالْمَالِ الْمُوَاسِي مِنْهُ.

وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ ثَوَابٍ فِيمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ زَكَاةُ مَالٍ فَأَقْرَضَهُ، أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ أَدَاءُ زَكَاتِهِ حَتَّى يَقْبِضَهُ؛ لِأَنَّ عَوْدَهُ مَرْجُوٌّ، بِخِلَافِ التَّالِفِ بَعْدَ الْحَوْلِ، وَهَذَا لَعَلَّهُ يَرْجِعُ إِلَى أَنَّ أَدَاءَ الزَّكَاةِ يَجِبُ عَلَى الْفَوْرِ.

وَقَالَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ: يَلْزَمُهُ أَدَاءُ زَكَاتِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ حُكْمًا، وَلِهَذَا يَتْلَفُ مِنْ ضَمَانِهِ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ الَّذِي فِي ذِمَّةِ غَرِيمِهِ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ صَاحِبُ شَرْحِ الْهِدَايَةِ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ، وَأَشَارَ فِي مَوْضِعٍ إِلَى بِنَاءِ ذَلِكَ عَلَى مَحَلِّ الزَّكَاةِ، فَإِنْ قُلْنَا: الذِّمَّةُ، لَزِمَهُ الْإِخْرَاجُ عَنْهُ مِنْ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّ زَكَاتَهُ لَا تَسْقُطُ بِتَلَفِهِ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ، وَإِنْ قُلْنَا: الْعَيْنُ، لَمْ يَلْزَمْهُ الْإِخْرَاجُ حَتَّى يَتَمَكَّنَ مِنْ قَبْضِهِ.

وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ، وَوُجُوبُ الزَّكَاةِ عَنِ الْغَائِبِ إِذَا تَلِفَ قَبْلَ قَبْضِهِ مُخَالِفٌ لِكَلَامِ أَحْمَدَ.

مِقْدَار الزَّكاة، فإنه لا يصحّ فيه البيعُ، خصوصًا لو قلنا: إنَّ الزَّكاةَ تَجِبُ في العَين، أمَّا إذا قلنا: تَجِبُ في الذِّمَّة مُطلَقًا فالبيع صحيحٌ مُطلَقًا.

وإذا سأل سائل: هل إذا كَانَ له مالٌ تَصِحُّ مُطلَقًا؟

فالجواب: تَصِحُّ مطلقًا.

الْفَائِدَةُ السَّابِعَةُ: إِذَا أَخْرَجَ رَبُّ الْمَالِ زَكَاةَ حَقِّهِ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ مِنْهُ، فَهَلْ يُحْسَبُ مَا أَخْرَجَهُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَنَصِيبِهِ مِنَ الرِّبْحِ أَمْ مِنْ نَصِيبِهِ مِنَ الرِّبْحِ خَاصَّةً؟

عَلَى وَجْهَيْنِ مَعْرُوفَيْنِ، بَنَاهُمَا بَعْضُ الْأَصْحَابِ عَلَى الْخِلَافِ فِي مَحَلِّ التَّعَلُّقِ، فَإِنْ قُلْنَا: الذِّمَّةُ، فَهِيَ مَحْسُوبَةٌ مِنَ الْأَصْلِ وَالرِّبْحِ كَقَضَاءِ الدُّيُونِ، وَإِنْ قُلْنَا: الْعَيْنُ حُسِبَتْ مِنَ الرِّبْحِ كَالْمُؤْنَةِ؛ لِأَنَّ الزَّكَاةَ إِنَّمَا تَجِبُ فِي الْمَالِ النَّامِي، فَتُحْتَسَبُ مِنْ نَمَائِهِ، وَيُمْكِنُ أَنْ يَنْبَنِيَ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ أَيْضًا الْوَجْهَانِ فِي جَوَازِ إِخْرَاجِ الْمُضَارِبِ زَكَاةَ حِصَّتِهِ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ[١].

فَإِنْ قُلْنَا: الزَّكَاةُ تَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ فَلَهُ الْإِخْرَاجُ مِنْهُ وَإِلَّا فَلَا، وَفِي كَلَامِ بَعْضِهِمْ إِيمَاءٌ إِلَى ذَلِكَ، وَأَمَّا حَقُّ رَبِّ الْمَالِ فَلَيْسَ لِلْمُضَارِبِ تَزْكِيَتُهُ بِدُونِ إِذْنِهِ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْمَرُّوذِيِّ، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَصِيرَ الْمُضَارِبُ شَرِيكًا فَيَكُونُ حُكْمُهُ حُكْمَ سَائِرِ الْخُلَطَاءِ، وَاللهُ أَعْلَمُ[٢].

▪ **الثَّالِثَةُ**: الْمُسْتَفَادُ بَعْدَ النِّصَابِ فِي أَثْنَاءِ الْحَوْلِ، هَلْ يُضَمُّ إِلَى النِّصَابِ أَوْ يُفْرَدُ عَنْهُ؟

إِذَا اسْتَفَادَ مَالًا زَكَوِيًّا مِنْ جِنْسِ النِّصَابِ فِي أَثْنَاءِ حَوْلِهِ، فَإِنَّهُ يُفْرَدُ بِحَوْلٍ عِنْدَنَا، وَلَكِنْ هَلْ نَضُمُّهُ إِلَى النِّصَابِ فِي الْعَدَدِ وَنَخْلِطُهُ بِهِ، وَيُزَكِّيهِ زَكَاةَ خَالِطَةً أَوْ يُفْرِدُهُ بِالزَّكَاةِ كَمَا أَفْرَدَهُ بِالْحَوْلِ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ:

---

[١] المضارَب بالفتح الَّذِي يعمل بالمال، والمضارِب بالكسر هو ربُّ المال.

[٢] وإذا كَانَ حُكْمُه حُكْمَ سائرِ الخُلَطَاء صارتِ الخُلْطَة لا تؤثِّر فيه.

أَحَدُهَا: أَنَّهُ يُفْرِدُهُ بِالزَّكَاةِ كَمَا يُفْرِدُهُ بِالحَوْلِ، وَهَذَا الْوَجْهُ مُخْتَصٌّ بِمَا إِذَا كَانَ الْمُسْتَفَادُ نِصَابًا أَوْ دُونَ نِصَابٍ، وَلَا يُعْتَبَرُ فَرْضُ النِّصَابِ، أَمَّا إِنْ كَانَ دُونَ نِصَابٍ، وَتَغَيَّرَ فَرْضُ النِّصَابِ، لَمْ يَتَأَتَّ فِيهِ هَذَا الْوَجْهُ، صَرَّحَ بِهِ صَاحِبُ شَرْحِ الْهِدَايَةِ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُومٌ إِلَى النِّصَابِ فِي الْعَدَدِ، فَيَلْزَمُهُ حِينَئِذٍ جَعْلُ مَا لَيْسَ بِوَقْصٍ فِي المَالِ وَقْصًا، وَهُوَ مُمْتَنِعٌ.

وَيَخْتَصُّ هَذَا الْوَجْهُ أَيْضًا بِالحَوْلِ الْأَوَّلِ دُونَ مَا بَعْدَهُ؛ لِأَنَّ مَا بَعْدَ الحَوْلِ الْأَوَّلِ يَجْتَمِعُ مَعَ النِّصَابِ فِي الحَوْلِ كُلِّهِ، بِخِلَافِ الحَوْلِ الْأَوَّلِ، صَرَّحَ بِذَلِكَ غَيْرُ وَاحِدٍ، وَكَلَامُ بَعْضِهِمْ يُشْعِرُ بِاطِّرَادِهِ فِي كُلِّ الْأَحْوَالِ، وَصَرَّحَ الْقَاضِي أَبُو يَعْلَى الصَّغِيرُ بِحِكَايَةِ ذَلِكَ وَجْهًا.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّهُ يُزَكَّى زَكَاةَ خُلْطَةٍ، وَصَحَّحَهُ صَاحِبُ شَرْحِ الْهِدَايَةِ، كَمَا لَوِ اخْتَلَطَ نَفْسَانِ فِي أَثْنَاءِ حَوْلٍ، وَقَدْ ثَبَتَ لِأَحَدِهِمَا حُكْمُ الِانْفِرَادِ فِيهِ دُونَ صَاحِبِهِ، وَزَعَمَ أَنَّ صَاحِبَ الْمُغْنِي ضَعَّفَهُ فِيهِ، وَإِنَّمَا ضَعَّفَ الْأَوَّلَ.

وَالْوَجْهُ الثَّالِثُ: أَنَّهُ يُضَمُّ إِلَى النِّصَابِ، فَيُزَكَّى زَكَاةَ ضَمٍّ، وَعَلَى هَذَا فَهَلِ الزِّيَادَةُ كَنِصَابٍ مُنْفَرِدٍ أَمْ لِكُلِّ نِصَابٍ وَاحِدٌ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا كَنِصَابٍ مُنْفَرِدٍ، وَلَوْلَا ذَلِكَ لَزَكَّى النِّصَابَ عَقِيبَ تَمَامِ حَوْلِهِ بِحِصَّتِهِ مِنْ فَرْضِ المَجْمُوعِ، كَمَا فِي سَائِرِ الأَحْوَالِ، وَلَمْ يُزَكِّ زَكَاةَ انْفِرَادٍ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي الخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ وَصَاحِبِ الْمُحَرَّرِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ نِصَابٌ وَاحِدٌ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ وَصَاحِبِ الْمُغْنِي، وَهُوَ الْأَظْهَرُ، إِنَّمَا زَكَاةُ النِّصَابِ زَكَاةُ انْفِرَادٍ لِانْفِرَادِهِ فِي أَوَّلِ حَوْلِهِ

الْأَوَّلِ، بِخِلَافِ الحَوْلِ الثَّانِي وَمَا بَعْدَهُ، فَعَلَى هَذَا إِذَا تَمَّ حَوْلُ الْمُسْتَفَادِ وَجَبَ إِخْرَاجُ بَقِيَّةِ المَجْمُوعِ بِكُلِّ حَالٍ؛ لِأَنَّهُ بِكَمَالِ حَوْلِهِ يَتِمُّ حَوْلُ الجَمِيعِ، فَيَجِبُ تَتِمَّةُ زَكَاتِهِ، وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ عَنِ الْمُسْتَفَادِ بِخُصُوصِهِ.

وَعَلَى الْأَوَّلِ إِذَا تَمَّ حَوْلُ الْمُسْتَفَادِ وَجَبَ فِيهِ مَا بَقِيَ مِنْ فَرْضِ الجَمِيعِ بَعْدَ إِسْقَاطِ مَا أَخْرَجَ عَنِ الْأَوَّلِ مِنْهُ، إِلَّا أَنْ يَزِيدَ بَقِيَّةُ الْفَرْضِ عَلَى فَرْضِ الْمُسْتَفَادِ بِانْفِرَادِهِ، أَوْ يَنْقُصَ عَنْهُ، أَوْ يَكُونَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ فَرْضِ الْأَوَّلِ، فَإِنَّهُ يَتَعَذَّرُ هَاهُنَا وَجْهُ الضَّمِّ، وَيَتَعَيَّنُ وَجْهُ الخُلْطَةِ، وَيَلْغُو وَجْهُ الِانْفِرَادِ أَيْضًا عَلَى مَا سَبَقَ، وَبِهَذَا كُلِّهِ صَرَّحَ صَاحِبُ شَرْحِ الْهِدَايَةِ وَبَنَاهُ عَلَى أَنَّ الْمُخْرَجَ عَنِ الْمُسْتَفَادِ بِخُصُوصِيَّتِهِ[١].

---

[١] هذه الفائدةُ معناها: هلِ المُستفادُ في أَثناءِ الحَوْل يُضَمُّ إلى ما عِندَه منَ المالِ، فتجب فيه الزَّكاةُ وقتَ حَوْلِ الأوَّل، أم لا يُضَمّ؟

على كُلِّ حالٍ فيه خلاف كثيرٌ، لكن تفصيلُ ذلك أنْ يُقَال: إذا استفادَ مالًا في أثناء الحَول فإنْ كَانَ رِبْحَ تِجارةٍ أو نِتاجَ سائمةٍ فإنه يُضَمُّ إلى الأوَّل، فإنْ كَانَ الأوَّل قد تمَّ نِصابًا قبل حصولِ هذا المستفادِ فإنه يُزكَّى الأصلُ والمستفادُ إذا تمَّ حولُ الأوَّل، مثال ذلك: رجلٌ عنده نِصابُ مَلَكَهُ من أوَّل يومٍ من محرَّمٍ، وصار يَتَّجِرُ به، ولـمَّا جاء شهرُ ذي القعدَةِ، هذا قبل الحولِ بشهرٍ، صارَ هذا المال أضعافًا مضاعفةً رِبحًا، فهذا ينظر إلى الأصلِ وبناء على ما سبقَ تخرج زكاته عندَ تمامِ شهرِ ذي الحجَّة، فإذا قال: أنا لم أملِكْ هذا المستفادَ إلَّا قبل الحولِ بشهرٍ قلنا: نعم، لكن هذا المستفادُ رِبح فيكون تَبَعًا لأصلِه.

وكذلك في النِّتاج، لـو كَانَ عند الإنسانِ أربعـونَ شاةً مَلَكَهَا من أوَّل يـومٍ في

شهر محرَّم، وفي ذي الحجَّة من السنة صار الأربعونَ مِئَةً وخمسينَ، كم يزكي؟ يُزكِّي الجميعَ؛ لأنه من جِنسِه، أمَّا إذا كَانَ من غير جِنْسِه فإنه لا يُضَمُّ إليه إلَّا إذا كَانَ للتِّجارة؛ لأنه الآن تبادل، اليوم عنده غَنَمٌ وغدًا عنده إبلٌ، وبعد غدٍ عنده طعامٌ، وهكذا.

أمَّا إذا كَانَ المستفادُ ليسَ مَبنيًّا على الأصلِ مثل أنْ يأتيَهُ رِبْح إرث أو يأتيه هبة، أو ما أشبه ذلك فإنه لا يُضَمُّ إلى الأوَّل؛ لأنه مُنفصِل عنه، لكن يكمل به النِّصاب إذا كَانَ الأوَّل دُون نِصابٍ، ويبتدأ به الحَوْل.

مِثال ذَلِك: النِّصاب مِئَتا دِرْهَم، إنسانٌ عِنده مِئَةٌ وخمسونَ دِرهمًا، وبقِي عندهم ستَّة أشهرٍ لا يزيد، ثُمَّ وَرِثَ بعد ستَّة أشهرٍ مِئَةً وخمسينَ دِرهمًا، صار الجميعُ ثلاثمِئَةٍ، هل نقول: إننا نَبْتَدِئ الحولَ من هذا اليوم الَّذِي ملك فيه مِئَةً وخمسينَ دِرهمًا الجديدة، أو من اليوم الَّذِي ملكها أوَّل مرة؟ من الثَّانِيَة؛ لأنَّ الأول ما تمَّ نِصابًا.

فهو عنده مِئَتا دِرْهَم مَلَكَها، وبَقِيَتْ عنده ستَّة أشهرٍ، ثُمَّ ملك بالإرثِ مائتي دِرْهَم بعد ستَّةِ أشهرٍ، هل تُضَمّ إلى الأوَّل؟

لا تُضَمّ إلى الأوَّل، تَبتدئ حولَـها من الثَّاني، فإذا تمَّ الحولُ للمائتينِ الأُولَى زكَّاها، وإنْ شاء قدَّم زكاةَ المائتينِ الأخيرة وأدَّاها معَ زكاةِ المائتينِ الأُولَى، وهذا أسهلُ له مِن أنَّه كُلَّما كَسَبَ شيئًا يراعي وقته.

وهذا يظهر تمامًا في الرَّواتبِ الآنَ، الرَّواتب يَملِكها الإنسان شيئًا فشيئًا، فإذا قالَ: أنا أُريدُ أنْ أَستريحَ قُلنا: احْسِبِ الحَوْلَ مِن أوَّل راتبٍ، فإذا جَرَى الحولُ على أوَّل راتبٍ أَخرِجْ زكاةَ الرَّواتبِ عندكَ حَتَّى آخِرِ راتبٍ، وهو يكون دائمًا وقتَ الإخراجِ ووقتَ الحولِ الأوَّل، وهذا أريحُ للإنسانِ وأسلمُ لِذِمَّتِه؛ لأنه لـو أراد أنْ

وَيَظْهَرُ فَائِدَةُ اخْتِلَافِ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ فِي أَنْوَاعٍ ثَلَاثَةٍ:

النَّوْعُ الْأَوَّلُ: أَنْ يَكُونَ تَتِمَّةُ فَرْضِ زَكَاةِ الجَمِيعِ أَكْثَرَ مِنْ فَرْضِ الْمُسْتَفَادِ بِخُصُوصِيَّةٍ، مِثْلُ أَنْ يَمْلِكَ خَمْسِينَ مِنَ الْبَقَرِ، ثُمَّ ثَلَاثِينَ بَعْدَهَا، فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ الْأُولَى فَعَلَيْهِ مُسِنَّةٌ، فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ الثَّانِيَةِ فَعَلَيْهِ مُسِنَّةٌ أُخْرَى عَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي، وَهُوَ الْأَظْهَرُ.

وَعَلَى الْأَوَّلِ يَمْتَنِعُ الضَّمُّ هُنَا لِئَلَّا يُؤَدِّيَ إِلَى إِيجَابِ مُسِنَّةٍ عَنْ ثَلَاثِينَ، وَيَجِبُ إِمَّا تَبِيعٌ عَلَى وَجْهِ الِانْفِرَادِ أَوْ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ مُسِنَّةٍ عَلَى وَجْهِ الْخُلْطَةِ.

يتابعَ كُلَّ شهرٍ بشهره لحصلَ عليه مَشقَّة، وربما فاته شيءٌ من الزَّكاةِ، لكن هذا هو خُلاصة هذا القولِ في هذا الخلاف الَّذي ذكره المؤلِّفُ، إلَّا أنَّ إشارته إلى الخُلطة وما أشبهَ ذلك يدلُّ على أنه شاملٌ للمواشي وغيرِ المواشي.

وإذا سأل سائل: هل يُخرِج الزَّكاةَ على رأسِ المالِ والرِّبحِ؟

فالجواب: هذا لو أرادَ صاحبُ المالِ أنْ يخرجَ الزَّكاةَ، يخرج الزَّكاة على رأسِ مالِهِ ورِبحِه؛ لأنَّ رِبْحَه تَبَعٌ لرأسِ المالِ، أمَّا المضارب الَّذي هو العامِلُ فلا زكاةَ عليه في حِصَّتِه، يعني مثلًا واحدٌ أعطاه عشرةَ آلافٍ ورَبِحَ خمسةَ عشرَ ألفًا، نصيبُ المضاربِ ألفانِ وخمس مِئَة ألفٍ، يزكيها المضارِبُ الَّذي هو ربُّ المالِ؛ لأنَّ الرِّبح تَبَعٌ لِلأصلِ، أمَّا المضارَبُ فلا زكاةَ عليه، لماذا؟ لأنَّ مِلْكَه لم يستقرَّ؛ إذ يجوزُ أنْ تخسرَ البضاعة، وإذا خسرت البضاعة أخذت الخسارة من رِبْحِهِ[1].

---

(١) إلى هنا انتهى الشرح المسجل صوتيًّا لفضيلته -رحمه الله تعالى-، وإتمامًا للفائدة أكملنا نصوص المتن من كتاب (قَوَاعِد ابْن رَجب) للعلَّامَةِ الحافظ أَبي الفَرَجِ زَيْن الدِّينِ عَبْدِ الرَّحمن بْنِ أحمدَ بْن رجبٍ السَّلامي البغداديِّ الدِّمَشقي -رحمه الله تعالى-.

النَّوْعُ الثَّانِي: أَنْ تَكُونَ تَتِمَّةُ الْوَاجِبِ دُونَ فَرْضِ الْمُسْتَفَادِ بِانْفِرَادِهِ، مِثْلُ أَنْ يَمْلِكَ سِتًّا وَسَبْعِينَ مِنَ الْإِبِلِ، ثُمَّ سِتًّا وَأَرْبَعِينَ بَعْدَهَا، فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ الْأُولَى فَعَلَيْهِ ابْنَتَا لَبُونٍ، فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ الثَّانِيَةِ، فَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي يَلْزَمُ تَمَامُ فَرْضِ الْمَجْمُوعِ، وَهُوَ بِنْتُ لَبُونٍ، وَعَلَى الْأَوَّلِ يُمْنَعُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ فَرْضَهُ عَلَى الِانْفِرَادِ حِقَّةٌ، فَيُزَكِّي مَا عَلَى الْخُلْطَةِ أَوْ الِانْفِرَادِ.

وَهَذَا بَعِيدٌ؛ فَإِنَّ وَجْهَ الضَّمِّ إِذَا اعْتُبِرَ مَعَ كَوْنِ الْمُسْتَفَادِ يَصِيرُ وَقْصًا مَحْضًا، يَضُمُّهُ إِلَى النِّصَابِ إِنْ كَانَ فِيهِ زَكَاةٌ بِانْفِرَادِهِ، فَكَيْفَ لَا يُعْتَبَرُ إِذَا كَانَ فَرْضُهُ دُونَ فَرْضِهِ بِانْفِرَادِهِ.

النَّوْعُ الثَّالِثُ: أَنْ يَكُونَ فَرْضُ النِّصَابِ الْأَوَّلِ الْمُخْرَجِ عِنْدَ تَمَامِ حَوْلِهِ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ فَرْضِ الْمَجْمُوعِ أَوْ نَوْعِهِ، مِثْلُ: أَنْ يَمْلِكَ عِشْرِينَ مِنَ الْإِبِلِ ثُمَّ خَمْسًا بَعْدَهَا، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ: يَمْتَنِعُ الضَّمُّ هَاهُنَا لِتَعَذُّرِ طَرْحِ الْمُخْرَجِ عَنِ الْأَوَّلِ مِنْ وَاجِبِ الْكُلِّ، وَعَلَى الثَّانِي، وَهُوَ الْأَظْهَرُ: يَجِبُ إِخْرَاجُ تَتِمَّةِ الزَّكَاةِ، وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ لِضَرُورَةِ اخْتِلَافِ الْحَوْلَيْنِ، لَا سِيَّمَا وَنَحْنُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ نُجْبَرُ بِتَشْقِيصِ الْفَرْضِ لِغَيْرِ ضَرُورَةٍ؛ كَإِخْرَاجِ نِصْفَيْ شَاةٍ عَنْ أَرْبَعِينَ، أَوْ حِقَّتَيْنِ وَبِنْتَي لَبُونٍ وَنِصْفًا عَنْ مِائَتَيْنِ مِنَ الْإِبِلِ، فَهَاهُنَا أَوْلَى.

وَعَلَى هَذَا فَقَدْ يَتَّفِقُ وَجْهُ الْخُلْطَةِ وَوَجْهُ الضَّمِّ عَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ، حَيْثُ لَمْ تَكُنْ زَكَاةُ الْخُلْطَةِ مُفْضِيَةً إِلَى زِيَادَةِ الْفَرْضِ أَوْ نَقْصِهِ، وَقَدْ يَخْتَلِفَانِ، حَيْثُ أَدَّى الِاتِّفَاقُ إِلَى أَحَدِ الْأَمْرَيْنِ، وَسَبَبُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا النَّوْعَ عَلَى ضَرْبَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ لَا يَكُونَ فِي وَاحِدٍ مِنْهُمَا -أَعْنِي النِّصَابَ وَالْمُسْتَفَادَ- وَقْصٌ،

وَلَا حَدَثَ مِن اجْتِمَاعِهِمَا وَقْصٌ، فَيُزَكَّى كَمَا تَقَدَّمَ، وَهُوَ أَنْ يَأْخُذَ فَرْضَي الجَمِيعِ، فَيُخْرِجُ عِنْدَ تَمَامِ حَوْلِ المُسْتَفَادِ حِصَّتَهُ مِنْهُ، وَيَتَّفِقُ مِنهَا وَجْهُ الضَّمِّ وَالخُلْطَةِ، فَيُوجِبُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِيمَا إِذَا كَانَ المُسْتَفَادُ خَمْسًا مِن الْإِبِلِ بَعْدَ عِشْرِينَ خُمُسَ بِنْتِ مَخَاضٍ، وَهُوَ مُقَارِبٌ لِشَاةٍ، فَإِنَّ الشَّارِعَ أَوْجَبَ أَرْبَعَ شِيَاهٍ فِي عِشْرِينَ، وَبِنْتَ مَخَاضٍ فِي خَمْسٍ وَعِشْرِينَ، فتكُونُ مُقَدَّرَةً فِي خَمْسٍ فَاسْتَقَامَ، وَكَذَا لَوِ اسْتَفَادَ عَشَرَةً مِنَ الْبَقَرِ بَعْدَ ثَلَاثِينَ، فَإِنَّهُ يَجِبُ لِلزِّيَادَةِ رُبُعُ مُسِنَّةٍ؛ لِأَنَّ التَّبِيعَ مُقَابِلٌ لِثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ مُسِنَّةٍ، وَالمُسِنَّةُ تَعْدِلُ تَبِيعًا وَثُلُثًا أَبَدًا.

الضَّرْبُ الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ فِي المَالِ وَقْصٌ؛ إِمَّا حَالَةَ اجْتِمَاعِهِ أَوْ حَالَةَ انْفِرَادِهِ فَقَطْ، فَيَخْتَلِفُ هَاهُنَا وَجْهُ الضَّمِّ وَالخُلْطَةِ، فَإِنَّا عَلَى وَجْهِ الضَّمِّ نَجْمَعُ مِنَ النِّصَابِ الْأَوَّلِ مَا تَعَلَّقَ بِهِ الْفَرْضُ مِنْهُ، وَيُضَمُّ إِلَيْهِ تَتِمَّةُ نِصَابِ المَجْمُوعِ مِنَ الْبَاقِي، ثُمَّ يَأْخُذُ مِنْ فَرْضِ المَجْمُوعِ حِصَّةَ هَذِهِ التَّتِمَّةِ، وَهِيَ بَقِيَّةُ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْفَرْضُ مِنْ مَجْمُوعِ المَالِ، وَيُجْعَلُ الْبَاقِي مِنَ المَالِ إِنْ بَقِيَ مِنْهُ شَيْءٌ كَالمَعْدُومِ.

فَمِثَالُ ذَلِكَ، وَالْوَقْصُ مَوْجُودٌ حَالَةَ الِاجْتِمَاعِ، لَوْ مَلَكَ عِشْرِينَ مِنَ الْإِبِلِ ثُمَّ تِسْعًا مِنْهَا، فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ الثَّانِيَةِ ضَمَمْتَ إِلَى الْعِشْرِينَ الْأُولَى خَمْسًا تَكُنْ خَمْسَةً وَعِشْرِينَ فَرْضُهَا بِنْتُ مَخَاضٍ، وَقَدْ أَخْرَجْنَا عَنِ الْعِشْرِينَ أَرْبَعَ شِيَاهٍ، فَيُخْرَجُ عَنِ الْبَاقِي خُمُسُ بِنْتِ مَخَاضٍ، وَعَلَى وَجْهِ الخُلْطَةِ يُخْرِجُ عَنْهَا تِسْعَةَ أَجْزَاءٍ مِنْ أَصْلِ تِسْعَةٍ وَعِشْرِينَ جُزْءًا مِنْ بِنْتِ مَخَاضٍ.

وَمِثَالُ الْوَقْصِ مَوْجُودًا حَالَةَ الِانْفِرَادِ فَقَطْ: لَوْ مَلَكَ أَرْبَعَةَ عَشَرَ مِنَ الْإِبِلِ، ثُمَّ أَحَدَ عَشَرَ بَعْدَهَا، فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ الْأُولَى فَعَلَيْهِ شَاتَانِ، فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ الثَّانِيَةِ

ضَمَّهَا إِلَى عَشَرَةٍ مِنَ الْإِبِلِ تَتِمَّةَ النِّصَابِ، وَهِيَ عَشَرَةٌ، فَأَوْجَبْنَا فِيهَا ثَلَاثَةَ أَخْمَاسِ بِنْتِ مَخَاضٍ؛ لِأَنَّ فِيهِمَا جَمِيعًا وَقْصًا لَمْ يُؤَدَّ عَنْهُ، وَالْمَالُ عِنْدَ الِاجْتِمَاعِ لَا وَقْصَ فِيهِ، فَيَجِبُ تَأْدِيَةُ زَكَاتِهِ كُلِّهِ، فَإِذَا كَانَ قَدْ أَخْرَجَ عَنْ بَعْضِهِ وَجَبَ الْإِخْرَاجُ عَنْ جَمِيعِ مَا لَمْ يُخْرِجْ عَنْهُ مِنْهُ.

وَعَلَى وَجْهِ الْخُلْطَةِ يَجِبُ فِي الزِّيَادَةِ وَحْدَهَا خُمُسَانِ مِنْ بِنْتِ مَخَاضٍ وَخُمُسُ خُمُسِ بِنْتِ مَخَاضٍ، فَإِذَا تَعَذَّرَ هَذَا فَالْمُسْتَفَادُ لَا يَخْلُو مِنْ أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ:

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: أَنْ يَكُونَ نِصَابًا مُعْتَبَرًا لِلْفَرْضِ، مِثْلُ أَنْ يَمْلِكَ أَرْبَعِينَ شَاةً، ثُمَّ إِحْدَى وَثَمَانِينَ بَعْدَهَا؛ فَفِي الْأَرْبَعِينَ شَاةٌ عِنْدَ حَوْلِهَا، فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ الثَّانِيَةِ فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: فِيهَا شَاةٌ أَيْضًا، وَهُوَ مُتَخَرِّجٌ عَلَى وَجْهَيِ الضَّمِّ وَالِانْفِرَادِ.

وَالثَّانِي: فِيهَا شَاةٌ وَأَحَدٌ وَأَرْبَعُونَ جُزْءًا مِنْ أَصْلِ مِائَةٍ وَأَحَدٍ وَعِشْرِينَ جُزْءًا مِنْ شَاةٍ، وَهُوَ وَجْهُ الْخُلْطَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حِصَّةُ الْمُسْتَفَادِ مِنَ الشَّاتَيْنِ الْوَاجِبَتَيْنِ فِي الْجَمِيعِ.

وَذَكَرَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَجَمَاعَةٌ أَنَّ وَجْهَ الْخُلْطَةِ هُنَا كَوَجْهِ الِانْفِرَادِ يَجِبُ فِيهِ شَاةٌ أَيْضًا لِئَلَّا يُفْضِيَ إِلَى إِيجَابِ زِيَادَةٍ عَلَى فَرْضِ الْجَمِيعِ، وَهُوَ مَرْدُودٌ بِأَنَّهُمْ أَوْجَبُوا بِالْخُلْطَةِ زِيَادَةً عَلَى فَرْضِ الْجَمِيعِ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ.

الْقِسْمُ الثَّانِي: أَنْ تَكُونَ الزِّيَادَةُ نِصَابًا لَا يُغَيِّرُ الْفَرْضَ، كَمَنْ مَلَكَ أَرْبَعِينَ شَاةً ثُمَّ أَرْبَعِينَ بَعْدَهَا، فَفِي الْأَوَّلِ إِذَا تَمَّ حَوْلُهَا شَاةٌ، فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ الثَّانِيَةِ فَثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: لَا شَيْءَ فِيهَا، وَهُوَ وَجْهُ الضَّمِّ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ بِالضَّمِّ تَصِيرُ وَقْصًا.

وَالثَّانِي: فِيهَا شَاةٌ، وَهُوَ وَجْهُ الِانْفِرَادِ.

وَالثَّالِثُ: فِيهَا نِصْفُ شَاةٍ، وَهُوَ وَجْهُ الخُلْطَةِ.

الْقِسْمُ الثَّالِثُ: أَنْ تَكُونَ الزِّيَادَةُ لَا تَبْلُغُ نِصَابًا وَلَا تُغَيِّرُ الْفَرْضَ، كَمَنْ مَلَكَ أَرْبَعِينَ مِنَ الْغَنَمِ، ثُمَّ مَلَكَ بَعْدَهَا عِشْرِينَ، فَفِي الْأَوَّلِ إِذَا تَمَّ حَوْلُهَا شَاةٌ. فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ الثَّانِيَةِ فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا شَيْءَ فِيهَا، وَهُوَ مُتَوَجِّهٌ عَلَى وَجْهَيِ الضَّمِّ وَالِانْفِرَادِ.

وَالثَّانِي: فِيهَا ثُلُثُ الشَّاةِ، وَهُوَ وَجْهُ الخُلْطَةِ.

الْقِسْمُ الرَّابِعُ: أَنْ لَا تَبْلُغَ الزِّيَادَةُ نِصَابًا، وَتُغَيِّرُ الْفَرْضَ، كَمَنْ مَلَكَ ثَلَاثِينَ مِن الْبَقَرِ، ثُمَّ عَشْرًا بَعْدَهَا، فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ الْأُولَى فَفِيهَا تَبِيعٌ، فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ الزِّيَادَةِ فَقَالَ الْأَصْحَابُ: يَجِبُ فِيهَا رُبُعُ مُسِنَّةٍ، وَلَمْ يَذْكُرُوا فِيهَا خِلَافًا.

وَمِنْهُمْ مَنْ صَرَّحَ بِنَفْيِ الخِلَافِ؛ كَصَاحِبِ المُحَرَّرِ، وَعَلَّلَ بِأَنَّ وَجْهَ الِانْفِرَادِ مُتَعَذِّرٌ لِمَا سَبَقَ، وَكَذَا وَجْهُ الضَّمِّ؛ لِأَنَّهُ يُفْضِي عَلَى أَصْلِهِ إِلَى اسْتِثْنَاءِ شَيْءٍ وَطَرْحِهِ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ، وَهُوَ طَرْحُ التَّبِيعِ مِنَ المُسِنَّةِ، وَهُوَ مُتَعَذِّرٌ فَتَعَيَّنَ وَجْهُ الخُلْطَةِ.

وَأَمَّا صَاحِبُ الْكَافِي فَظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّ هَذَا مُتَمَشٍّ عَلَى وَجْهِ الضَّمِّ أَيْضًا، بِنَاءً عَلَى أَصْلِهِ الَّذِي تَقَدَّمَ مِنْ أَنَّ الْكُلَّ نِصَابٌ وَاحِدٌ، وَفَرْضُهُ مُسِنَّةٌ، وَقَدْ أَخْرَجَ تَبِيعًا وَهُوَ يَعْدِلُ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ مُسِنَّةٍ، فَيَجِبُ إِخْرَاجُ بَقِيَّةِ فَرْضِ المَالِ، وَهُوَ هُنَا رُبُعُ مُسِنَّةٍ؛ لِأَنَّ التَّبِيعَ يَعْدِلُ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ المُسِنَّةِ كَمَا سَبَقَ تَقْرِيرُهُ، فَتَبِيعٌ وَرُبُعُ مُسِنَّةٍ يَعْدِلُ المُسِنَّةَ كَامِلَةً.

▪ **الرَّابِعَةُ**: المِلْكُ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ هَلْ يَنْتَقِلُ إِلَى المُشْتَرِي أَمْ لَا؟

فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ، أَشْهَرُهُمَا انْتِقَالُ المِلْكِ إِلَى المُشْتَرِي بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ، وَهِيَ المَذْهَبُ الَّذِي عَلَيْهِ الْأَصْحَابُ.

وَالثَّانِيَةُ: لَا يَنْتَقِلُ حَتَّى يَنْقَضِيَ الخِيَارُ؛ فَعَلَى هَذَا يَكُونُ المِلْكُ لِلْبَائِعِ، وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ حَكَى أَنَّ المِلْكَ يَخْرُجُ عَنِ الْبَائِعِ، وَلَا يَدْخُلُ إِلَى المُشْتَرِي، وَهُوَ ضَعِيفٌ.

وَلِلرِّوَايَتَيْنِ فَوَائِدُ عَدِيدَةٌ:

مِنْهَا: وُجُوبُ الزَّكَاةِ؛ فَإِذَا بَاعَ نِصَابًا مِنَ المَاشِيَةِ بِشَرْطِ الخِيَارِ حَوْلًا، فَزَكَاتُهُ عَلَى المُشْتَرِي عَلَى المَذْهَبِ، سَوَاءٌ فَسَخَ الْعَقْدَ أَوْ أَمْضَى، وَعَلَى الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ: الزَّكَاةُ عَلَى الْبَائِعِ إِذَا قِيلَ: المِلْكُ بَاقٍ لَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَهُ عَبْدًا بِشَرْطِ الخِيَارِ، وَأَهَلَّ هِلَالُ الْفِطْرِ وَهُوَ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ، فَالْفِطْرَةُ عَلَى المُشْتَرِي عَلَى المَذْهَبِ، وَعَلَى الْبَائِعِ عَلَى الثَّانِيَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَسَبَ المَبِيعُ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ كَسْبًا أَوْ نَمَا نَمَاءً مُنْفَصِلًا، فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي؛ فَسَخَ الْعَقْدَ أَوْ أَمْضَى، وَعَلَى الثَّانِيَةِ هُوَ لِلْبَائِعِ.

وَمِنْهَا: مَئُونَةُ الحَيَوَانِ وَالْعَبْدِ المُشْتَرَى بِشَرْطِ الخِيَارِ، يَجِبُ عَلَى المُشْتَرِي عَلَى المَذْهَبِ، وَعَلَى الْبَائِعِ عَلَى الثَّانِيَةِ.

وَمِنْهَا: إِذَا تَلِفَ المَبِيعُ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ أَوْ لَمْ يَكُنْ مِنْهُمَا فَهُوَ مِنْ مَالِ المُشْتَرِي عَلَى المَذْهَبِ، وَعَلَى الثَّانِيَةِ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ.

وَمِنْهَا: لَوْ تَعيَّبَ المَبِيعُ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ، فَعَلَى المَذْهَبِ لَا يُرَدُّ بِذَلِكَ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ غَيْرَ مَضْمُونٍ عَلَى المُشْتَرِي؛ لِانْتِفَاءِ القَبْضِ، وَعَلَى الثَّانِيَةِ لَهُ الرَّدُّ بِكُلِّ حَالٍ.

وَمِنْهَا: تَصَرُّفُ المُشْتَرِي فِي مُدَّةِ الخِيَارِ، فَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِمَا يَحْصُلُ بِهِ تَجْرِبَتُهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الخِيَارُ لَهُ وَحْدَهُ، كَذَا ذَكَرَ الأَصْحَابُ، وَالمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ أَنَّ لَهُ التَّصَرُّفَ فِيهِ بِالِاسْتِقْلَالِ. وَفَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ وَطْءِ الأَمَةِ المُشْتَرَاةِ بِشَرْطٍ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ ذَلِكَ فَرْجٌ؛ فَيُحْتَاطُ لَهُ.

وَالثَّانِي: أَنَّ ذَلِكَ شَرْطٌ، وَهَذَا خِيَارٌ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ تَصَرُّفِهِ بِمَا لَا يَمْنَعُ البَائِعَ مِنَ الرُّجُوعِ؛ كَالِاسْتِخْدَامِ وَالإِجَارَةِ، وَإِنَّمَا يُمْنَعُ مِنْ إِخْرَاجِهِ مِنْ مِلْكِهِ أَوْ تَعْرِيضِهِ لِلْخُرُوجِ بِالرَّهْنِ وَالتَّدْبِيرِ وَالكِتَابَةِ وَنَحْوِهَا، هَذَا كُلُّهُ عَلَى المَذْهَبِ.

وَعَلَى الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ: يَجُوزُ التَّصَرُّفُ لِلْبَائِعِ وَحْدَهُ؛ لِأَنَّهُ مَالِكٌ وَيَمْلِكُ الفَسْخَ، فَإِنَّ الخِيَارَ وَقَعَ لِغَرَضِ الفَسْخِ دُونَ الإِمْضَاءِ، فَأَمَّا حُكْمُ نُفُوذِ التَّصَرُّفِ وَعَدَمِهِ فَالمَشْهُورُ فِي المَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يَنْفُذُ بِحَالٍ إِلَّا بِالعِتْقِ.

وَنَقَلَ مُهَنَّا وَغَيْرُهُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ مَوْقُوفٌ عَلَى انْقِضَاءِ مُدَّةِ الخِيَارِ، هَذَا إِذَا كَانَ الخِيَارُ لَهُمَا، فَإِنْ كَانَ لِلْبَائِعِ وَحْدَهُ، فَكَذَلِكَ فِي تَصَرُّفِ المُشْتَرِي الرِّوَايَتَانِ.

وَحَكَى ابْنُ أَبِي مُوسَى رِوَايَةً أُخْرَى: أَنَّهُ إِنْ أَجَازَهُ البَائِعُ صَحَّ، وَالثَّمَنُ لَهُ، وَإِنْ رَدَّهُ بَطَلَ البَيْعُ، وَعَلَى المُشْتَرِي اسْتِرْدَادُهُ.

فَإِنْ تَعذَّرَ فعلَيْهِ قِيمَتُهُ، وَإِنْ سُرِقَ أَوْ هَلَكَ فَهُوَ مِنْ ضَمانِ الْمُشْتَرِي، فَحَمَلَ السَّامَرِّيُّ هَذِهِ الرِّوَايَةَ عَلَى أَنَّ المِلْكَ لَمْ يَنْتَقِلْ إِلَى الْمُشْتَرِي، وَآخِرُهَا يُبْطِلُ ذَلِكَ.

وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا رِوَايَةُ بُطْلَانِ التَّصَرُّفِ مِنْ أَصْلِهَا، لَكِنَّهَا مُفَرَّعَةٌ أَنَّ الْفَسْخَ بِالخِيَارِ رَفْعٌ لِلْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ، فَيَتَبَيَّنُ بِهِ أَنَّ المِلْكَ كَانَ لِلْبَائِعِ، وَعَلَى أَنَّ تَصَرُّفَ الْفُضُولِيِّ مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَازَةِ المَالِكِ، وَإِنْ كَانَ الخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي وَحْدَهُ صَحَّ تَصَرُّفُهُ، ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ وَالْقَاضِي وَغَيْرُهُمَا لِانْقِطَاعِ حَقِّ الْبَائِعِ هَاهُنَا.

وَظَاهِرُ كَلَامُ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ أَنَّهُ لَا يَنْفُذُ حَتَّى يَتَقَدَّمَهُ إِمْضَاءُ الْعَقْدِ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ ابْنِ أَبِي مُوسَى أَيْضًا؛ لِقُصُورِ المِلْكِ، فَلَوْ تَصَرَّفَ الْمُشْتَرِي مَعَ الْبَائِعِ وَالخِيَارُ لَهُمَا صَحَّ، ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِي وَالْمُحَرَّرِ، وَفِي الْمُجَرَّدِ لِلْقَاضِي احْتِمَالَانِ، هَذَا كُلُّهُ تَفْرِيعٌ عَلَى المَذْهَبِ، وَهُوَ انْتِقَالُ المِلْكِ إِلَى الْمُشْتَرِي، فَأَمَّا عَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى فَإِنْ كَانَ الخِيَارُ لَهُمَا وَلِلْبَائِعِ وَحْدَهُ؛ صَحَّ تَصَرُّفُ الْبَائِعِ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّ المِلْكَ لَهُ، وَهُوَ بِتَصَرُّفِهِ، مُخْتَارٌ لِلْفَسْخِ، بِخِلَافِ تَصَرُّفِ الْمُشْتَرِي فَإِنَّهُ يَخْتَارُ بِهِ الْإِمْضَاءَ، وَحَقُّ الْفَسْخِ يُقَدَّمُ عَلَيْهِ.

وَمِنْهَا: الْوَطْءُ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ، فَإِنْ وَطِئَ الْمُشْتَرِي فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ المِلْكَ لَهُ، وَإِنْ وَطِئَ الْبَائِعُ فَإِنْ كَانَ جَاهِلًا بِالتَّحْرِيمِ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ عَالمًا فَالمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ مُهَنّا: أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الحَدُّ، وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ حَامِدٍ وَالْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ لَمْ يُصَادِفْ مِلْكًا وَلَا شُبْهَةَ مِلْكٍ، وَهُوَ مُحَرَّمٌ بِالْإِجْمَاعِ، فَوَجَبَ بِهِ الحَدُّ كَوَطْءِ المُرْتَهِنِ.

وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ قَيَّدَ ذَلِكَ بِأَنْ يَعْلَمَ أَنَّ المِلْكَ لَا يَنفَسِخُ بِوَطْئِهِ، أَمَّا إِنِ

اعْتَقَدَ أَنَّهُ يَنْفَسِخُ بِوَطْئِهِ فَلَا حَدَّ؛ لِأَنَّ تَمَامَ الْوَطْءِ وَقَعَ فِي مِلْكٍ، فَتَمَكَّنَتِ الشُّبْهَةُ فِيهِ.

وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ حَكَى رِوَايَةً ثَانِيَةً بِعَدَمِ الحَدِّ مُطْلَقًا، وَمَالَ إِلَى ذَلِكَ ابْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبَا الْمُغْنِي وَالْمُحَرَّرِ لِوُقُوعِ الِاخْتِلَافِ فِي حُصُولِ الْمِلْكِ لَهُ وَفِي انْفِسَاخِ الْعَقْدِ بِوَطْئِهِ، بَلْ وَبِمُقَدِّمَاتِ وَطْئِهِ، فَيَكُونُ الْوَطْءُ حِينَئِذٍ فِي مِلْكٍ تَامٍّ.

وَأَمَّا عَلَى الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ؛ فَلَا حَدَّ عَلَى الْبَائِعِ، وَعَلَى الْمُشْتَرِي الخِلَافُ.

وَمِنْهَا: تَرَتُّبُ مُوجبَاتِ الْمِلْكِ مِنْ الِانْعِتَاقِ بِالرَّحِمِ أَوْ بِالتَّعَلُّقِ، وَانْفِسَاخِ النِّكَاحِ، وَنَحْوِهَا، فَتَثْبُتُ فِي الْبَيْعِ بِشَرْطِ الخِيَارِ عَقِيبَ الْعَقْدِ عَلَى الْمَذْهَبِ. وَعَلَى الثَّانِيَةِ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بَعْدَ انْقِضَائِهِ.

وَلَوْ حَلَفَ لَا يَبِيعُ فَبَاعَ بِشَرْطِ الخِيَارِ، خَرَجَ عَلَى الخِلَافِ أَيْضًا، ذَكَرَهُ الْقَاضِي، وَأَنْكَرَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ ذَلِكَ وَقَالَ بِحِنْثِهِ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ.

فَأَمَّا الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ فَلَا يَثْبُتُ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ عِنْدَ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ.

فَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ عَلَّلَ بِأَنَّ الْمِلْكَ لَمْ يَسْتَقِرَّ بَعْدُ، وَمِنْهُمْ مَنْ عَلَّلَ بِأَنَّ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ يُسْقِطُ حَقَّ الْبَائِعِ مِنَ الخِيَارِ؛ فَلِذَلِكَ لَمْ تَجُزِ الْمُطَالَبَةُ بِهَا فِي مُدَّتِهِ، وَهُوَ تَعْلِيلُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، فَعَلَى هَذَا لَوْ كَانَ الخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي وَحْدَهُ لَثَبَتَتِ الشُّفْعَةُ.

وَذَكَرَ أَبُو الخَطَّابِ احْتِمَالًا بِثُبُوتِ الشُّفْعَةِ مُطْلَقًا إِذَا قُلْنَا بِانْتِقَالِ الْمِلْكِ إِلَى الْمُشْتَرِي.

وَمِنْهَا: إِذَا بَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ شِقْصًا بِشَرْطِ الخِيَارِ، فَبَاعَ الشَّفِيعُ حِصَّتَهُ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ، فَعَلَى المَذْهَبِ يَسْتَحِقُّ المُشْتَرِي الأَوَّلُ انْتِزَاعَ شِقْصِ الشَّفِيعِ مِنْ يَدِ مُشْتَرِيهِ؛ لِأَنَّهُ شَرِيكُ الشَّفِيعِ حَالَةَ بَيْعِهِ، وَعَلَى الثَّانِيَةِ: يَسْتَحِقُّ البَائِعُ الأَوَّلُ؛ لِأَنَّ المِلْكَ بَاقٍ لَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَ المُلْتَقِطُ اللُّقَطَةَ بَعْدَ الحَوْلِ بِشَرْطِ الخِيَارِ، ثُمَّ جَاءَ رَبُّهَا فِي مُدَّةِ الخِيَارِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَمْ يَنْتَقِلِ المِلْكُ فَالرَّدُّ وَاجِبٌ، وَإِنْ قُلْنَا بِانْتِقَالِهِ فَوَجْهَانِ، المَجْزُومُ بِهِ فِي الكَافِي الوُجُوبُ.

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَ مُحِلٌّ صَيْدًا بِشَرْطِ الخِيَارِ، ثُمَّ أَحْرَمَ فِي مُدَّتِهِ، فَإِنْ قُلْنَا: انْتَقَلَ المِلْكُ عَنْهُ فَلَيْسَ لَهُ الفَسْخُ؛ لِأَنَّهُ ابْتِدَاءُ مِلْكٍ عَلَى الصَّيْدِ وَهُوَ مَمْنُوعٌ مِنْهُ، وَإِنْ قُلْنَا: لَمْ يَنْتَقِلِ المِلْكُ عَنْهُ فَلَهُ ذَلِكَ، ثُمَّ إِنْ كَانَ فِي مُدَّةِ المُشَاهَدَةِ أَرْسَلَهُ وَإِلَّا فَلَا.

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَتِ الزَّوْجَةُ قَبْلَ الدُّخُولِ الصَّدَاقَ بِشَرْطِ الخِيَارِ، ثُمَّ طَلَّقَهَا الزَّوْجُ، فَإِنْ قُلْنَا: المِلْكُ انْتَقَلَ عَنْهَا فَفِي لُزُومِ اسْتِرْدَادِهَا وَجْهَانِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَمْ يَزُلْ فِيهَا اسْتَرَدَّهُ وَجْهًا وَاحِدًا.

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَ أَمَةً بِشَرْطِ الخِيَارِ، ثُمَّ فُسِخَ البَيْعُ، وَجَبَ عَلَى البَائِعِ الاِسْتِبْرَاءُ عَلَى المَذْهَبِ، وَعَلَى الثَّانِيَةِ لَا يَلْزَمُهُ؛ لِبَقَاءِ المِلْكِ.

وَمِنْهَا: لَوِ اشْتَرَى أَمَةً بِشَرْطِ الخِيَارِ وَاسْتَبْرَأَهَا فِي مُدَّتِهِ فَإِنْ قُلْنَا: المِلْكُ لَمْ يَنْتَقِلْ إِلَيْهِ لَمْ يَكْفِهِ ذَلِكَ الاِسْتِبْرَاءُ، وَإِنْ قُلْنَا بِانْتِقَالِهِ فَفِي الهِدَايَةِ وَالمُغْنِي: يَكْفِي، وَفِي التَّرْغِيبِ وَالمُحَرَّرِ وَجْهَانِ؛ لِعَدَمِ اسْتِقْرَارِ المِلْكِ.

■ **الخَامِسَةُ**: الْإِقَالَةُ هَلْ هِيَ فَسْخٌ أَوْ بَيْعٌ؟

فِي المَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ مَنْصُوصَتَانِ، اخْتَارَ الخِرَقِيُّ وَالْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ أَنَّهَا فَسْخٌ، وَحَكَاهُ الْقَاضِي عَنْ أَبِي بَكْرٍ، وَفِي التَّنْبِيهِ لِأَبِي بَكْرٍ التَّصْرِيحُ بِاخْتِيَارِهِ أَنَّهَا بَيْعٌ.

وَلِهَذَا الخِلَافِ فَوَائِدُ عَدِيدَةٌ:

الْأُولَى: إِذَا تَقَايَلَا قَبْلَ الْقَبْضِ فِيمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ، فَيَجُوزُ عَلَى قَوْلِنَا: هِيَ فَسْخٌ، وَلَا يَجُوزُ عَلَى الثَّانِيَةِ، إِلَّا عَلَى رِوَايَةٍ حَكَاهَا الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ فِي الْإِجَارَاتِ أَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُ مِنْ بَائِعِهِ خَاصَّةً قَبْلَ الْقَبْضِ.

الْفَائِدَةُ الثَّانِيَةُ: هَلْ يَجُوزُ فِي المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ بِغَيْرِ كَيْلٍ وَوَزْنٍ؟

إِنْ قُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ؛ جَازَتْ كَذَلِكَ، وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ؛ فَلَا، هَذِهِ طَرِيقَةُ أَبِي بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ وَالْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ، وَحُكِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّهُ لَا بُدَّ فِيهَا مِنْ كَيْلٍ ثَانٍ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ، كَمَا أَنَّ الْفَسْخَ فِي النِّكَاحِ يَقُومُ مَقَامَ الطَّلَاقِ فِي إِيجَابِ الْعِدَّةِ.

الْفَائِدَةُ الثَّالِثَةُ: إِذَا تَقَايَلَا بِزِيَادَةٍ عَلَى الثَّمَنِ أَوْ نَقْصٍ مِنْهُ أَوْ بِغَيْرِ جِنْسِ الثَّمَنِ، فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ، لَمْ يَصِحَّ؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ رَفْعٌ لِلْعَقْدِ، فَيَتَرَادَّانِ الْعِوَضَيْنِ عَلَى وَجْهِهِمَا؛ كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَغَيْرِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ؛ فَوَجْهَانِ، حَكَاهُمَا أَبُو الخَطَّابِ وَمَنْ بَعْدَهُ:

أَحَدُهُمَا: يَصِحُّ، وَقَالَهُ الْقَاضِي فِي كِتَابِ الرِّوَايَتَيْنِ كَسَائِرِ الْبُيُوعِ.

وَالثَّانِي: لَا يَصِحُّ، وَهُوَ المَذْهَبُ عِنْدَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَصَحَّحَهُ السَّامَرِّيُّ؛

لِأَنَّ مُقْتَضَى الْإِقَالَةِ رَدُّ الْأَمْرِ إِلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ وَرُجُوعُ كُلِّ وَاحِدٍ إِلَى مَالِهِ، فَلَمْ يَجُزْ بِأَكْثَرَ مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنْ كَانَتْ بَيْعًا فَبَيْعُ التَّوْلِيَةِ، وَهَذَا ظَاهِرُ مَا نَقَلَهُ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَجُلٍ اشْتَرَى سِلْعَةً فَنَدِمَ فَقَالَ: أَقِلْنِي وَلَكَ كَذَا وَكَذَا.

قَالَ أَحْمَدُ: أَكْرَهُ أَنْ يَكُونَ تَرْجِعُ إِلَيْهِ سِلْعَتُهُ وَمَعَهَا فَضْلٌ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ تَسَعَّرَتِ السُّوقُ أَوْ تَارِكًا الْبَيْعَ فَبَاعَهُ بَيْعًا مُسْتَأْنَفًا فَلَا بَأْسَ بِهِ، وَلَكِنْ إِنْ جَاءَ إِلَى نَفْسِ الْبَيْعِ فَقَالَ: أَقِلْنِي فِيهَا وَلَكَ كَذَا وَكَذَا، فَهَذَا مَكْرُوهٌ، فَقَدْ كَرِهَ الْإِقَالَةَ فِي الْبَيْعِ الْأَوَّلِ بِزِيَادَةٍ بِكُلِّ حَالٍ، وَلَمْ يُجَوِّزِ الزِّيَادَةَ إِلَّا إِذَا أَقَرَّ الْبَائِعُ بِحَالِهِ وَتَبَايَعَاهُ بَيْعًا مُسْتَأْنَفًا، إِذَا تَسَعَّرَتِ السُّوقُ جَازَتِ الْإِقَالَةُ بِنَقْصٍ فِي مُقَابَلَةِ نَقْصِ السِّعْرِ، وَكَذَا لَوْ تَغَيَّرَتْ صِفَةُ السِّلْعَةِ، وَأَوْلَى.

وَنَصَّ فِي رِوَايَةِ أَحْمَدَ بْنِ الْقَاسِمِ وَسِنْدِيٍّ وَحَنْبَلٍ عَلَى الْكَرَاهَةِ بِكُلِّ حَالٍ؛ نَقْدًا كَانَ الْبَيْعُ أَوْ نَسِيئَةً، بَعْدَ نَقْدِ الثَّمَنِ أَوْ قَبْلَهُ، مُعَلِّلًا بِشَبَهِهِ بِمَسَائِلِ الْعِينَةِ؛ لِأَنَّهُ تَرْجِعُ السِّلْعَةُ إِلَى صَاحِبِهَا وَيَبْقَى لَهُ عَلَى الْمُشْتَرِي فَضْلُ دِرْهَمٍ، وَلَكِنَّ مَحْذُورَ الرِّبَا هُنَا بَعِيدٌ جِدًّا؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْصِدُ أَحَدًا أَنْ يَدْفَعَ عَشَرَةً ثُمَّ يَأْخُذَ نَقْدًا خَمْسَةً مَثَلًا، لَا سِيَّمَا وَالدَّافِعُ هُنَا هُوَ الطَّالِبُ لِذَلِكَ الرَّاغِبُ.

وَنُقِلَ عَنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِهِ، قَالَ فِي رِوَايَةِ الْأَثْرَمِ: وَسَأَلَهُ عَنْ بَيْعِ الْعُرْبُونِ، فَذَكَرَ لَهُ حَدِيثَ عُمَرَ(١)، فَقِيلَ لَهُ: تَذْهَبُ إِلَيْهِ؟ قَالَ: أَيَّ شَيْءٍ أَقُولُ وَهَذَا عَنْ عُمَرَ؟! ثُمَّ قَالَ: أَلَيْسَ كَانَ ابْنُ سِيرِينَ لَا يَرَى بَأْسًا أَنْ يَرُدَّ السِّلْعَةَ إِلَى صَاحِبِهَا إِلَّا إِذَا كَرِهَهَا وَمَعَهَا شَيْءٌ؟ ثُمَّ قَالَ: هَذَا مِثْلُهُ، فَقَدْ جَعَلَ بَيْعَ الْعُرْبُونِ مِنْ جِنْسِ

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٥/ ٧، رقم ٢٣٢٠١).

الْإِقَالَةِ بِرِبْحٍ، وَهُوَ يَرَى جَوازَ بَيْعِ الْعُرْبُونِ، وَهَذَا الخِلَافُ هُنَا شَبِيهٌ بِالخِلَافِ فِي جَوَازِ الخُلْعِ بِزِيَادَةٍ عَلَى المَهْرِ.

فَأَمَّا الْبَيْعُ الْمُبْتَدَأُ فَيَجُوزُ بِأَكْثَرَ مِنْ ثَمَنِهِ، كَمَا نَقَلَهُ عَنْهُ ابْنُ مَنْصُورٍ، وَكَذَلِكَ نَقَلَهُ عَنْهُ حَرْبٌ فِيمَنْ بَاعَ ثَوْبًا بِعِشْرِينَ وَقَبَضَهَا، ثُمَّ احْتَاجَ إِلَيْهِ فَاشْتَرَاهُ بِاثْنَيْنِ وَعِشْرِينَ نَقْدًا، قَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ، وَلَا يَجُوزُ نَسِيئَةً، وَلَمْ يَرَ بَأْسًا أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِمِثْلِ الثَّمَنِ نَقْدًا وَنَسِيئَةً، وَنَقَلَ عَنْهُ أَبُو دَاوُد فِيمَنْ بَاعَ ثَوْبًا بِنَقْدٍ، ثُمَّ احْتَاجَ إِلَيْهِ يَشْتَرِيهِ بِنَسِيئَةٍ، قَالَ: إِذَا لَمْ يُرِدْ بِذَلِكَ الحِيلَةَ. كَأَنَّهُ لَمْ يَرَ بِهِ بَأْسًا.

وَصَرَّحَ أَبُو الخَطَّابِ وَطَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ بِأَنَّ كُلَّ بَيْعٍ وَإِنْ كَانَ يَنْفُذُ لَا يَجُوزُ لِبَائِعِهِ شِرَاؤُهُ بِدُونِ ثَمَنِهِ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ، وَيَجُوزُ بَعْدَهُ، وَكَذَلِكَ نَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ بَعْدَ الْقَبْضِ يَبِيعُهُ كَيْفَ شَاءَ.

الْفَائِدَةُ الرَّابِعَةُ: تَصِحُّ الْإِقَالَةُ بِلَفْظِ الْإِقَالَةِ وَالْمُصَالَحَةِ إِنْ قُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ، وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ لَمْ يَنْعَقِدْ بِذَلِكَ، صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، قَالَ: مَا يَصْلُحُ لِلْحَلِّ لَا يَصْلُحُ لِلْعَقْدِ، وَمَا يَصْلُحُ لِلْعَقْدِ لَا يَصْلُحُ لِلْحَلِّ، فَلَا يَنْعَقِدُ الْبَيْعُ بِلَفْظِ الْإِقَالَةِ، وَلَا الْإِقَالَةُ بِلَفْظِ الْبَيْعِ.

وَظَاهِرُ كَلَامِ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ انْعِقَادُهَا بِذَلِكَ وَتَكُونُ مُعَاطَاةً.

الْفَائِدَةُ الخَامِسَةُ: إِذَا قُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ لَمْ يُشْتَرَطْ لَهَا شُرُوطُ الْبَيْعِ مِنْ مَعْرِفَةِ الْمُقَالِ فِيهِ وَالْقُدْرَةِ عَلَى تَسْلِيمِهِ وَتَمَيُّزِهِ عَنْ غَيْرِهِ، وَيُشْتَرَطُ ذَلِكَ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهَا بَيْعٌ ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِي فِي التَّفْلِيسِ، وَلَوْ تَقَايَلَا الْعَبْدَ وَهُوَ غَائِبٌ بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ لَأَنْ يَتَغَيَّرَ فِي مِثْلِهَا أَوْ بَعْدَ إِبَاقِهِ وَاشْتِبَاهِهِ بِغَيْرِهِ، صَحَّ عَلَى الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي،

وَلَوْ تَقَايَلَا مَعَ غَيْبَةِ أَحَدِهِمَا بِأَنْ طُلِبَتْ مِنْهُ الْإِقَالَةُ فَدَخَلَ الدَّارَ، وَقَالَ عَلَى الْفَوْرِ: أَقَلْتُكَ، فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ؛ صَحَّ، وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ؛ لَمْ يَصِحَّ.

ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي تَعْلِيقِهِمَا؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يُشْتَرَطُ لَهُ حُضُورُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ فِي الْمَجْلِسِ.

وَنَقَلَ أَبُو الْخَطَّابِ عَنْ أَحْمَدَ صِحَّةَ قَبُولِ الزَّوْجِ لِلنِّكَاحِ بَعْدَ الْمَجْلِسِ، وَاخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ فِي تَأْوِيلِهَا، وَفِي كَلَامِ الْقَاضِي أَيْضًا مَا يَقْتَضِي أَنَّ الْإِقَالَةَ لَا تَصِحُّ فِي غَيْبَةِ الْآخَرِ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ؛ لِأَنَّهَا فِي حُكْمِ الْعُقُودِ؛ لِتَوَقُّفِهَا عَلَى رِضَا الْمُتَبَايِعَيْنِ، بِخِلَافِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَالْفَسْخِ بِالْخِيَارِ، وَهَلْ يَصِحُّ مَعَ تَلَفِ السِّلَعِ؟ عَلَى طَرِيقَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: لَا يَصِحُّ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنْ خِلَافِهِ وَصَاحِبِ الْمُغْنِي.

وَالثَّانِيَةُ: إِنْ قُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ صَحَّتْ وَإِلَّا لَمْ تَصِحَّ.

قَالَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنْ خِلَافِهِ: هُوَ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ، وَفِي التَّلْخِيصِ وَجْهَانِ، فَإِنَّ أَصْلَهُمَا الرِّوَايَتَانِ إِذَا تَلِفَ الْمَبِيعُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ.

الْفَائِدَةُ السَّادِسَةُ: هَلْ تَصِحُّ الْإِقَالَةُ بَعْدَ النِّدَاءِ لِلْجُمُعَةِ؟

إِنْ قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ؛ لَمْ تَصِحَّ، وَإِلَّا صَحَّتْ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ.

الْفَائِدَةُ السَّابِعَةُ: إِذَا نَمَا الْمَبِيعُ نَمَاءً مُنْفَصِلًا، ثُمَّ تَقَايَلَا، فَإِنْ قُلْنَا: الْإِقَالَةُ بَيْعٌ؛ لَمْ يَتْبَعِ النَّمَاءُ بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَإِنْ قُلْنَا: فَسْخٌ، فَقَالَ الْقَاضِي: النَّمَاءُ لِلْمُشْتَرِي، وَيَنْبَغِي تَخْرِيجُهُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَالرُّجُوعِ لِلْمُفْلِسِ.

الْفَائِدَةُ الثَّامِنَةُ: بَاعَهُ نَخْلًا حَائِلًا ثُمَّ تَقَايَلَا وَقَدِ أَطْلَعَ، فَإِنْ قُلْنَا: الْمُقَايَلَةُ بَيْعٌ، فَالثَّمَرَةُ إِنْ كَانَتْ مُؤَبَّرَةً فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُؤَبَّرَةً فَهِيَ لِلْبَائِعِ الْأَوَّلِ، وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ تَبِعَتِ الْأَصْلَ بِكُلِّ حَالٍ، سَوَاءٌ كَانَتْ مُؤَبَّرَةً أَوْ لَا؛ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مُنْفَصِلٌ، ذَكَرَهُ فِي الْمُغْنِي، وَقَدْ سَبَقَتِ الْمَسْأَلَةُ فِي قَاعِدَةِ النَّمَاءِ.

الْفَائِدَةُ التَّاسِعَةُ: هَلْ يَثْبُتُ فِيهَا خِيَارُ الْمَجْلِسِ؟

إِنْ قُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ؛ لَمْ يَثْبُتِ الْخِيَارُ، وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ؛ فَفِي التَّلْخِيصِ يَثْبُتُ الْخِيَارُ كَسَائِرِ الْعُقُودِ، وَيَحْتَمِلُ عِنْدِي أَنْ لَا يَثْبُتَ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ وُضِعَ لِلنَّظَرِ فِي الْحَظِّ والمقيد وَعَلَى دخل، عَلَى أَنَّهُ لَا حَظَّ لَهُ، وَإِنَّمَا هُوَ مُتَبَرِّعٌ، وَالْمُسْتَقْبِلُ لَمْ يَطْلُبِ الْإِقَالَةَ بَعْدَ لُزُومِ الْعَقْدِ إِلَّا بَعْدَ تَرَوٍّ وَنَظَرٍ وَعِلْمٍ بِأَنَّ الْحَظَّ لَهُ فِي ذَلِكَ، وَنَدِمَ عَلَى أَنَّ الْعَقْدَ الْأَوَّلَ، فَلَا يَحْتَاجُ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَى مُهْلَةٍ لِإِعَادَةِ النَّظَرِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

الْفَائِدَةُ الْعَاشِرَةُ: هَلْ يُرَدُّ بِالْمَعِيبِ؟

إِنْ قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ؛ رُدَّتْ بِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ؛ فَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُرَدَّ بِهِ؛ لِأَنَّ الْأَصْحَابَ قَالُوا: الْفَسْخُ لَا يفسَخُ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرَدَّ بِهِ كَمَا جَوَّزُوا فَسْخَ الْإِقَالَةِ وَالرَّدَّ بِالْعَيْبِ لِأَحَدِ الشَّفِيعَيْنِ.

وَأَفْتَى الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ بِفَسْخِ الْخُلْعِ بِالْعَيْبِ فِي عِوَضِهِ، وَبِفَوْتِ حَقِّهِ فِيهِ، وَبِإِفْلَاسِ الزَّوْجَةِ بِهِ.

الْفَائِدَةُ الْحَادِيَةَ عَشْرَةَ: الْإِقَالَةُ فِي الْمُسَلَّمِ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ، وَفِيهَا طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: عَلَى الْخِلَافِ، فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ؛ جَازَتْ، وَإِنْ قُلْنَا: بَيْعٌ؛ لَمْ يَجُزْ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ فِي رِوَايَتِهِمَا وَصَاحِبِ الرَّوْضَةِ وَابْنِ الزَّاغُونِيِّ.

وَالثَّانِي: جَوَازُ الْإِقَالَةِ فِيهِ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْأَكْثَرِينَ، وَنَقَلَ ابْنُ الْمُنْذِرِ الْإِجْمَاعَ عَلَى ذَلِكَ.

الْفَائِدَةُ الثَّانِيَةَ عَشْرَةَ: بَاعَهُ جُزْءًا مُشَاعًا مِنْ أَرْضِهِ، ثُمَّ تَقَايَلَا، فَإِنْ قُلْنَا: الْإِقَالَةُ فَسْخٌ؛ لَمْ يَسْتَحِقَّ الْمُشْتَرِي وَلَا مَنْ حَدَثَ لَهُ شَرِكَةٌ فِي الْأَرْضِ قَبْلَ الْمُقَايَلَةِ شَيْئًا مِنَ الشِّقْصِ بِالشُّفْعَةِ، وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ؛ تَثْبُتُ لَهُمُ الشُّفْعَةُ، وَكَذَلِكَ لَوْ بَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ حِصَّتَهُ، ثُمَّ عَفَا الْآخَرُ عَنْ شُفْعَتِهِ، ثُمَّ تَقَايَلَا، وَأَرَادَ الْعَافِي أَنْ يَعُودَ إِلَى الطَّلَبِ، فَإِنْ قُلْنَا: الْإِقَالَةُ فَسْخٌ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ، وَإِلَّا فَلَهُ الشُّفْعَةُ.

الْفَائِدَةُ الثَّالِثَةَ عَشْرَةَ: اشْتَرَى شِقْصًا مَشْفُوعًا، ثُمَّ تَقَايَلَاهُ قَبْلَ الطَّلَبِ، فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ؛ لَمْ يَسْقُطْ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ لِغَيْرِ بَائِعِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: فَسْخٌ؛ فَقِيلَ: لَا يَسْقُطُ أَيْضًا، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ؛ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ اسْتُحِقَّتْ بِنَفْسِ الْبَيْعِ فَلَا تَسْقُطُ بَعْدَهُ، وَقِيلَ: يَسْقُطُ، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَبِي حَفْصٍ وَالْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

الْفَائِدَةُ الرَّابِعَةَ عَشْرَةَ: هَلْ يَمْلِكُ الْمُضَارِبُ أَوِ الشَّرِيكُ الْإِقَالَةَ فِيمَا اشْتَرَاهُ؟

مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ: إِنْ قُلْنَا: الْإِقَالَةُ بَيْعٌ؛ مَلَكَ، وَإِلَّا فَلَا؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ لَيْسَ مِنَ التِّجَارَةِ الْمَأْذُونِ فِيهَا، وَهِيَ طَرِيقَةُ ابْنِ عَقِيلٍ فِي مَوْضِعٍ مِنْ فُصُولِهِ، وَالْأَكْثَرُونَ عَلَى أَنْ يَمْلِكَهَا عَلَى الْقَوْلَيْنِ مَعَ الْمَصْلَحَةِ كَمَا يَمْلِكُ الْفَسْخَ بِالْخِيَارِ.

الْفَائِدَةُ الْخَامِسَةَ عَشْرَةَ: هَلْ يَمْلِكُ الْمُفْلِسُ بَعْدَ الْحَجْرِ الْمُقَايَلَةَ لِظُهُورِ الْمَصْلَحَةِ؟

إِنْ قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ؛ لَمْ يَمْلِكْهُ، وَإِنْ قُلْنَا: فَسْخٌ؛ فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَمْلِكُهُ كَمَا يَمْلِكُ

الْفَسْخِ بِخِيَارٍ أَوْ عَيْبٍ، وَلَا يَتَقَيَّدُ بِالْأَحَظِّ عَلَى الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِتَصَرُّفٍ مُسْتَأْنَفٍ، بَلْ مِنْ تَمَامِ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ وَلَوَاحِقِهِ.

الْفَائِدَةُ السَّادِسَة عَشْرةَ: لَوْ وَهَبَ الْوَالِدُ لِابْنِهِ شَيْئًا فَبَاعَهُ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِ بِإِقَالَةٍ، فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ؛ امْتَنَعَ رُجُوعُ الْأَبِ فِيهِ، وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ؛ فَوَجْهَانِ، وَكَذَلِكَ حُكْمُ الْمُفْلِسِ إِذَا بَاعَ السِّلْعَةَ ثُمَّ عَادَتْ إِلَيْهِ بِإِقَالَةٍ، وَوَجَدَهَا بَائِعُهَا عِنْدَهُ.

الْفَائِدَةُ السَّابِعَة عَشْرةَ: بَاعَ أَمَةً، ثُمَّ أَقَالَ فِيهَا قَبْلَ الْقَبْضِ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ اسْتِبْرَاؤُهَا؟ فِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا، قَالَهُ أَبُو بَكْرٍ وَابْنُ أَبِي مُوسَى: إِنْ قُلْنَا: الْإِقَالَةُ بَيْعٌ؛ وَجَبَ الِاسْتِبْرَاءُ، وَإِنْ قُلْنَا: فَسْخٌ؛ لَمْ يَجِبْ.

وَالثَّانِي: أَنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ رِوَايَتَيْنِ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ بِنَاءٍ كُلِّ هَذَا الْأَصْلِ، ثُمَّ قِيلَ: إِنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى انْتِقَالِ الضَّمَانِ عَنِ الْبَائِعِ وَعَدَمِهِ، وَإِلَيْهِ أَشَارَ ابْنُ عَقِيلٍ، وَقِيلَ: بَلْ يَرْجِعُ إِلَى أَنَّ تَجَدُّدَ الْمِلْكِ مَعَ تَحَقُّقِ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْحَمْلِ هَلْ يُوجِبُ الِاسْتِبْرَاءَ؟ وَهَذَا أَظْهَرُ.

الْفَائِدَةُ الثَّامِنَة عَشْرَةَ: لَوْ حَلَفَ لَا يَبِيعُ أَوْ لَيَبِيعَنَّ، أَوْ عَلَّقَ عَلَى الْبَيْعِ طَلَاقًا أَوْ عِتْقًا، ثُمَّ أَقَالَ، فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ؛ تَرَتَّبَتْ عَلَيْهَا أَحْكَامُهُ مِنَ الْبِرِّ وَالْحِنْثِ، وَإِلَّا فَلَا، وَقَدْ يُقَالُ: الْأَيْمَانُ تُبْنَى عَلَى الْعُرْفِ وَلَيْسَ فِي الْعُرْفِ أَنَّ الْإِقَالَةَ بَيْعٌ.

الْفَائِدَةُ التَّاسِعَةَ عَشْرَةَ: تَقَايَلَا فِي بَيْعٍ فَاسِدٍ، ثُمَّ حَكَمَ الْحَاكِمُ بِصِحَّةِ الْعَقْدِ وَنُفُوذِهِ، فَهَلْ يُؤَثِّرُ حُكْمُهُ؟

إِنْ قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ؛ فَحُكْمُهُ بِصِحَّةِ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ صَحِيحٌ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ بَاقٍ، وَقَدْ تَأَكَّدَ تَرَتُّبُ عَقْدٍ آخَرَ عَلَيْهِ، وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ لَمْ يَنْفُذْ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ ارْتَفَعَ بِالْإِقَالَةِ، فَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَنفُذَ وَتُلْغَى الْإِقَالَةُ؛ لِأَنَّهَا تَصَرُّفٌ فِي بَيْعٍ فَاسِدٍ قَبْلَ الْحُكْمِ بِصِحَّتِهِ فَلَمْ يَنْفُذْ وَلَمْ يُؤَثِّرْ فِيهِ شَيْئًا، هَذَا ظَاهِرُ مَا ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي عُمَدِ الْأَدِلَّةِ.

الْفَائِدَةُ الْعِشْرُونَ: لَوْ بَاعَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيًّا آخَرَ خَمْرًا، وَقُبِضَتْ دُونَ ثَمَنِهَا، ثُمَّ أَسْلَمَ الْبَائِعُ، وَقُلْنَا: يَجِبُ لَهُ الثَّمَنُ، فَأَقَالَ الْمُشْتَرِي فِيهَا، فَإِنْ قُلْنَا: الْإِقَالَةُ بَيْعٌ؛ لَمْ يَصِحَّ؛ لِأَنَّ شِرَاءَ الْمُسْلِمِ لِلْخَمْرِ لَا يَصِحُّ، وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ فَسْخٌ؛ احْتَمَلَ أَنْ يَصِحَّ، فَيَرْتَفِعُ بِهَا الْعَقْدُ، وَلَا يَدْخُلُ فِي مِلْكِ الْمُسْلِمِ، فَهِيَ فِي مَعْنَى إِسْقَاطِ الثَّمَنِ عَنِ الْمُشْتَرِي، وَاحْتَمَلَ أَنْ لَا يَصِحَّ؛ لِأَنَّهُ اسْتِرْدَادٌ لِمِلْكِ الْخَمْرِ.

كَمَا قَالَ أَصْحَابُنَا فِي الْمُحْرِمِ: إِنَّهُ لَا يَسْتَرِدُّ الصَّيْدَ بِخِيَارٍ وَلَا غَيْرِهِ، فَإِنْ رُدَّ عَلَيْهِ بِذَلِكَ صَحَّ الرَّدُّ، وَلَمْ يَدْخُلْ فِي مِلْكِهِ، فَيَلْزَمُهُ إِرْسَالُهُ.

وَفِي التَّلْخِيصِ لَوْ رَدَّ الْعَبْدَ الْمُسْلِمَ عَلَى بَائِعِهِ الْكَافِرِ بِعَيْبٍ صَحَّ، وَدَخَلَ فِي مِلْكِهِ؛ لِأَنَّهُ قَهْرِيٌّ كَالْإِرْثِ، فَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ فِي رَدِّ الصَّيْدِ عَلَى الْمُحْرِمِ بِعَيْبٍ وَرَدِّ الْخَمْرِ عَلَى الْمُسْلِمِ بِالْعَيْبِ كَذَلِكَ، إِذَا قُلْنَا: يُمْلَكَانِ بِالْقَهْرِ.

الْفَائِدَةُ الْحَادِيَةُ وَالْعِشْرُونَ: الْإِقَالَةُ هَلْ تَصِحُّ بَعْدَ مَوْتِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ؟

ذَكَرَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنْ خِلَافِهِ أَنَّ خِيَارَ الْإِقَالَةِ يَبْطُلُ بِالْمَوْتِ، وَلَا يَصِحُّ بَعْدَهُ.

وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: إِنْ قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ؛ صَحَّتْ مِنَ الْوَرَثَةِ، وَإِنْ قُلْنَا: فَسْخٌ؛ فَوَجْهَانِ.

▪ **السَّادِسَةُ**: النُّقُودُ هَلْ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فِي الْعَقْدِ أَمْ لَا؟

فِي الْمَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ عَنْ أَحْمَدَ، أَشْهَرُهُمَا أَنَّهَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فِي عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ، حَتَّى إِنَّ الْقَاضِيَ فِي تَعْلِيقِهِ أَنْكَرَ ثُبُوتَ الْخِلَافِ فِي ذَلِكَ الْمَذْهَبِ، وَالْأَكْثَرُونَ أَثْبَتُوهُ.

وَلِهَذَا الْخِلَافِ فَوَائِدُ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: أَنَّهُ يُحْكَمُ بِمِلْكِهَا لِلْمُشْتَرِي بِمُجَرَّدِ التَّعْيِينِ، فَيَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهَا، وَإِنْ تَلِفَتْ تَلِفَتْ مِنْ ضَمَانِهِ، عَلَى الْمَذْهَبِ، وَعَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى لَا يَمْلِكُهَا بِدُونِ الْقَبْضِ، فَهِيَ قَبْلَهُ مِلْكُ الْبَائِعِ وَتَتْلَفُ مِنْ ضَمَانِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ بَانَ الثَّمَنُ مُسْتَحَقًّا فَعَلَى الْمَذْهَبِ الصَّحِيحِ يَبْطُلُ الْعَقْدُ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ عَلَى مِلْكِ الْغَيْرِ، فَهُوَ كَمَا لَوِ اشْتَرَى سِلْعَةً فَبَانَتْ مُسْتَحَقَّةً، وَعَلَى الثَّانِيَةِ: لَا يَبْطُلُ وَلَهُ الْبَدَلُ.

وَهَاهُنَا مَسْأَلَةٌ مُشْتَمِلَةٌ عَلَى قَوَاعِدِ الْمَذْهَبِ، وَهِيَ إِذَا غَصَبَ نُقُودًا وَاتَّجَرَ فِيهَا وَرَبِحَ، فَإِنَّ نُصُوصَ أَحْمَدَ مُتَّفِقَةٌ عَلَى أَنَّ الرِّبْحَ لِلْمَالِكِ، فَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ بَنَاهُ عَلَى الْقَوْلِ بِوَقْفِ تَصَرُّفِ الْغَاصِبِ عَلَى الْإِجَازَةِ؛ كَابْنِ عَقِيلٍ وَصَاحِبِ الْمُغْنِي، وَمِنْهُمْ مَنْ بَنَاهُ عَلَى أَنَّ تَصَرُّفَاتِ الْغَاصِبِ صَحِيحَةٌ بِدُونِ إِجَازَةٍ؛ لِأَنَّهُ مُدَّةٌ تَطُولُ فَيَشُقُّ اسْتِدْرَاكُهَا، وَفِي الْقَضَاءِ بِبُطْلَانِهَا ضَرَرٌ عَلَيْهِ، وَعَلَى الْمَالِكِ بِتَفْوِيتِهِ الرِّبْحَ، وَهِيَ طَرِيقَةُ صَاحِبِ التَّلْخِيصِ، وَالصِّحَّةُ عِنْدَهُ مُخْتَصَّةٌ بِالتَّصَرُّفِ الْكَثِيرِ، وَأَشَارَ إِلَيْهِ صَاحِبُ الْمُغْنِي، وَأَنَّ مَا لَمْ يُدْرِكْهُ الْمَالِكُ وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى اسْتِرْجَاعِهِ يَصِحُّ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِدُونِ إِجَازَةٍ لِهَذَا الْمَعْنَى.

وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ نَزَّلَهُ عَلَى أَنَّ الْغَاصِبَ اشْتَرَى فِي ذِمَّتِهِ ثُمَّ نَقَدَ الثَّمَنَ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي بَعْضِ كُتُبِهِ، وَابْنِ عَقِيلٍ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ، وَيَشْهَدُ لِهَذَا أَنَّ الْمَرُّوذِيَّ نَقَلَ عَنْ أَحْمَدَ التَّفْرِقَةَ بَيْنَ الشِّرَاءِ بِعَيْنِ الْغَصْبِ وَالشِّرَاءِ فِي الذِّمَّةِ، فَتَنْزِلُ نُصُوصُهُ الْمُطْلَقَةُ عَلَى هَذَا الْمُقَيَّدِ، وَإِنَّمَا كَانَ الرِّبْحُ لِلْمَالِكِ مَعَ أَنَّ الشِّرَاءَ وَقَعَ لِلْغَاصِبِ لِأَنَّهُ نَتِيجَةُ مِلْكِ الْمَغْصُوبِ مِنْهُ وَفَائِدَتُهُ، فَهُوَ كَالْمُتَوَلِّدِ مِنْ عَيْنِهِ.

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُخَرَّجَ ذَلِكَ عَلَى رِوَايَةِ عَدَمِ تَعْيِينِ النُّقُودِ بِالتَّعْيِينِ فِي الْعَقْدِ، فَيَبْقَى كَالشِّرَاءِ فِي الذِّمَّةِ سَوَاءً.

وَمِنْهَا: إِذَا بَانَ النَّقْدُ الْمُعَيَّنُ مَعِيبًا فَلَهُ حَالَتَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ عَيْبُهُ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ، فَيَبْطُلُ الْعَقْدُ مِنْ أَصْلِهِ، نَصَّ عَلَيْهِ، وَذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ، وَعَلَّلُوهُ بِأَنَّهُ زَالَ عَنْهُ اسْمُ الدِّينَارِ وَالدَّرَاهِمِ بِذَلِكَ، فَلَمْ يَصِحَّ الْعَقْدُ عَلَيْهِ، كَمَا لَوْ عَقَدَ عَلَى شَاةٍ فَبَانَتْ حِمَارًا، وَأَوْمَأَ إِلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ، فَقَالَ: إِنْ كَانَ ذَهَبًا حُمِلَ عَلَيْهِ شَيْءٌ دَخَلَ فِيهِ مِنَ الْفِضَّةِ أَوِ النُّحَاسِ أَوْ خَالَطَهُ غَيْرُهُ، فَقَدْ زَالَ عَنْهُ اسْمُ الذَّهَبِ؛ لِمَا دَخَلَ فِيهِ، وَهَذَا مُتَوَجِّهٌ إِذَا كَانَ كُلُّهُ أَوْ غَالِبُهُ كَذَلِكَ، وَأَمَّا إِنْ كَانَ فِيهِ يَسِيرٌ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ فَلَا يُزَالُ عَنْهُ الِاسْمُ بِالْكُلِّيَّةِ، فَلَا يَنْبَغِي بُطْلَانُ الْعَقْدِ هَاهُنَا بِالْكُلِّيَّةِ.

وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَبِي مُحَمَّدٍ التَّمِيمِيِّ فِي خِصَالِهِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَبْطُلَ الْعَقْدُ هَاهُنَا لِمَعْنًى آخَرَ، وَهُوَ أَنَّ الْبَائِعَ لَا يُمْكِنُ إِجْبَارُهُ عَلَى قَبُولِ هَذَا، وَإِنَّمَا بَاعَ بِدِينَارٍ كَامِلٍ، وَالْمُشْتَرِي لَا يُجْبَرُ عَلَى دَفْعِ بَقِيَّةِ الدِّينَارِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا اشْتَرَى بِهَذَا الدِّينَارِ الْمُتَعَيِّنِ فَبَطَلَ الْعَقْدُ.

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ الْبَيْعُ بِمَا فِي الدِّينَارِ مِنَ الذَّهَبِ بِقِسْطِهِ مِنَ المَبِيعِ، وَيَبْطُلُ الْبَاقِي، وَلِلْمُشْتَرِي الخِيَارُ لِتَبَعُّضِ المَبِيعِ عَلَيْهِ، وَأَصْلُ هَذَيْنِ الاحْتِمَالَيْنِ الرِّوَايَتَانِ فِيمَا إِذَا بَاعَهُ أَرْضًا مُعَيَّنَةً عَلَى أَنَّهَا عَشَرَةُ أَذْرُعٍ، فَبَانَتْ تِسْعَةً، يَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ الْبَيْعُ كُلُّهُ بِدِينَارٍ، وَيُلْزَمُ المُشْتَرِي بِثَمَنِ الدِّينَارِ مِنْ غَيْرِهِ ذَهَبًا؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ عَلَى دِينَارٍ كَامِلٍ، فَإِذَا بَانَ دُونَهُ وَجَبَ إِتْمَامُهُ جَمْعًا بَيْنَ المَقْصِدَيْنِ؛ التَّعْيِينِ وَالتَّسْمِيَةِ.

وَأَصْلُ هَذَا الْوَجْهِ مَا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ فِيمَنِ اشْتَرَى سَمْنًا فِي ظَرْفٍ فَوَجَدَ فِيهِ رُبًّا؛ إِنْ كَانَ سَمَّانًا عِنْدَهُ سَمْنٌ أَعْطَاهُ بِوَزْنِهِ سَمْنًا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ سَمْنٌ أَعْطَاهُ بِقَدْرِ الرُّبِّ مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنَّمَا فَرَّقَ بَيْنَ السَّمَّانِ وَغَيْرِهِ لِأَنَّ السَّمَّانَ شَأْنُهُ بَيْعُ السَّمْنِ، فَكَأَنَّهُ بَاعَهُ بِمِقْدَارِ الظَّرْفِ سَمْنًا، وَأَمَّا غَيْرُهُ فَإِنَّمَا بَاعَهُ هَذَا الظَّرْفَ المُعَيَّنَ. وَالنُّقُودُ مِنْ جِنْسِ الْأَوَّلِ، لَا الثَّانِي.

الحَالَةُ الثَّانِيَةُ: أَنْ يَكُونَ عَيْبُهَا مِنْ جِنْسِهَا، وَلَمْ يَنْقُصْ وَزْنُهَا، كَالسَّوَادِ فِي الْفِضَّةِ، فَالْبَائِعُ بِالخِيَارِ بَيْنَ الْإِمْسَاكِ وَالْفَسْخِ، وَلَيْسَ لَهُ الْبَدَلُ لِتَعْيِينِ النَّقْدِ فِي الْعَقْدِ، وَمَنْ أَمْسَكَ فَلَهُ الْأَرْشُ إِلَّا فِي صَرْفِهَا بِجِنْسِهَا.

صَرَّحَ بِهِ الحُلْوَانِيُّ وَابْنُهُ وَصَاحِبُ المُحَرَّرِ، وَفِي بَعْضِ نُسَخِ الخِرَقِيِّ مَا يَقْتَضِيهِ، وَظَاهِرُ كَلَامِ أَبِي الخَطَّابِ خِلَافُهُ، فَهَذَا كُلُّهُ تَفْرِيعٌ عَلَى رِوَايَةِ تَعْيِينِ النُّقُودِ.

فَأَمَّا عَلَى الْأُخْرَى فَلَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ بِحَالٍ إِلَّا أَنْ يَتَفَرَّقَا، وَالْعَيْبُ مِنْ غَيْرِ الجِنْسِ لِفَوَاتِ قَبْضِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ فِي المَجْلِسِ، وَلَا فَسْخَ بِذَلِكَ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ بِهِ الْبَدَلُ دُونَ الْأَرْشِ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ فِي الذِّمَّةِ دُونَ المُعَيَّنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا بَاعَهُ سِلْعَةً بِنَقْدٍ مُعَيَّنٍ، فَعَلَى الْمَشْهُورِ لَا يُجْبَرُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَلَى الْبَدَاءَةِ بِالتَّسْلِيمِ، بَلْ يُنْصَبُ عَدْلٌ يَقْبِضُ مِنْهُمَا، ثُمَّ يَقْضِيهِمَا لِتَعَلُّقِ حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِعَيْنٍ مُعَيَّنَةٍ، فَهُمَا سَوَاءٌ.

وَعَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى هُوَ كَمَا لَوْ بَاعَهُ بِنَقْدٍ فِي الذِّمَّةِ، فَيُجْبَرُ الْبَائِعُ أَوَّلًا عَلَى التَّسْلِيمِ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْمُشْتَرِي بِالْعَيْنِ دُونَهُ.

وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ، وَتَأَوَّلَهُ الْقَاضِي عَلَى أَنَّ الْبَيْعَ وَقَعَ عَلَى ثَمَنٍ فِي الذِّمَّةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَهُ سِلْعَةً بِنَقْدٍ مُعَيَّنٍ، ثُمَّ أَتَاهُ بِهِ، فَقَالَ: هَذَا الثَّمَنُ، وَقَدْ خَرَجَ مَعِيبًا، وَأَنْكَرَ الْمُشْتَرِي، فِيهِ ثَلَاثُ طُرُقٍ:

أَحَدُهَا: إِنْ قُلْنَا: النُّقُودُ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعَيُّنِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ اسْتِحْقَاقَ الرَّدِّ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَتَعَيَّنُ، فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ أَقْبَضَ فِي الظَّاهِرِ مَا عَلَيْهِ.

وَالثَّانِي: قَوْلُ الْقَابِضِ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ فِي ذِمَّتِهِ، وَالْأَصْلُ اشْتِغَالُهَا بِهِ إِلَّا أَنْ يَثْبُتَ بَرَاءَتُهَا مِنْهُ، وَهَذِهِ طَرِيقَةُ السَّامَرِّيِّ فِي الْمُسْتَوْعِبِ.

وَالطَّرِيقَةُ الثَّانِيَةُ: إِنْ قُلْنَا: النُّقُودُ لَا تَتَعَيَّنُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ وَجْهًا وَاحِدًا؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ اشْتِغَالُ ذِمَّةِ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ، وَلَمْ يَثْبُتْ بَرَاءَتُهَا مِنْهُ، وَإِنْ قُلْنَا: تَتَعَيَّنُ؛ فَوَجْهَانِ مُخَرَّجَانِ مِن الرِّوَايَتَيْنِ فِيمَا إِذَا ادَّعَى كُلٌّ مِنَ الْمُتَبَايِعَيْنِ أَنَّ الْعَيْبَ حَدَثَ عِنْدَهُ فِي السِّلْعَةِ:

أَحَدُهُمَا: الْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي سَلَامَةَ الْعَقْدِ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ، وَيَدَّعِي عَلَيْهِ ثُبُوتَ الْفَسْخِ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ.

وَالثَّانِي: قَوْلُ الْقَابِضِ؛ لِأَنَّهُ مُنْكِرُ التَّسْلِيمِ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ، وَهَذِهِ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي بَعْضِ تَعَالِيقِهِ، وَجَزَمَ صَاحِبُ الْمُغْنِي وَالْمُحَرَّرِ بِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْبَائِعِ إِذَا أَنْكَرَ أَنْ يَكُونَ الْمَرْدُودُ بِالْعَيْبِ هُوَ الْمَبِيعَ، وَلَمْ يَحْكِيَا خِلَافًا.

وَلَا فَصْلَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ فِي الذِّمَّةِ، أَوْ مُعَيَّنًا، نَظَرًا إِلَى أَنَّهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ اسْتِحْقَاقَ الرَّدِّ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ.

وَذَكَرَ الْأَصْحَابُ مِثْلَ ذَلِكَ فِي مَسَائِلِ الصَّرْفِ، وَفَرَّقَ السَّامَرِّيُّ فِي فُرُوقِهِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمَرْدُودُ بِعَيْبٍ وَقَعَ عَلَيْهِ مُعَيَّنًا، فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْبَائِعِ، وَبَيْنَ أَنْ يَكُونَ فِي الذِّمَّةِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُشْتَرِي؛ لِمَا تَقَدَّمَ.

وَهَذَا فِيمَا إِذَا أَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْعَيْبَ أَنَّ مَالَهُ كَانَ مَعِيبًا، أَمَّا إِنِ اعْتَرَفَ بِالْعَيْبِ فَقَدْ فسخَ صَاحِبُهُ، وَأَنْكَرَ أَنْ يَكُونَ هَذَا هُوَ الْمُعَيَّنَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ، صَرَّحَ بِهِ فِي التَّفْلِيسِ فِي الْمُغْنِي، مُعَلِّلًا بِأَنَّهُ قَبَلَ اسْتِحْقَاقِ مَا ادَّعَى عَلَيْهِ الْآخَرُ، وَالْأَصْلُ مَعَهُ، وَيَشْهَدُ لَهُ أَنَّ الْمَبِيعَ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ إِذَا رَدَّهُ الْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ، فَأَنْكَرَ الْبَائِعُ أَنْ يَكُونَ هُوَ الْمَبِيعَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي.

حَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ عَنْ أَحْمَدَ لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى اسْتِحْقَاقِ الْفَسْخِ بِالْخِيَارِ، وَبِذَلِكَ وَجَّهَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِي، وَقَدْ يَنْبَنِي عَلَى ذَلِكَ أَنَّ الْمَبِيعَ بَعْدَ الْفَسْخِ بِعَيْبٍ وَنَحْوِهِ، هَلْ هُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي أَوْ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ؟

وَفِيهِ خِلَافٌ سَبَقَ ذِكْرُهُ، فَإِنَّ الْأَمَانَاتِ الْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ مَعَ

الِاخْتِلَافِ فِي عَيْنِهَا، وَقَدْ نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الرَّهْنِ، وَلِذَلِكَ نَصَّ فِي اخْتِلَافِ الْمُتَبَايِعَيْنِ فِي عَيْنِ المَبِيعِ المُعَيَّنِ قَبْلَ قَبْضِهِ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْبَائِعِ، وَقَدْ يَكُونُ مَأْخَذُهُ أَنَّهُ أَمَانَةٌ عِنْدَهُ.

وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ عَلَّلَ بِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّةِ الْبَائِعِ مِمَّا يُدَّعَى عَلَيْهِ، فَهُوَ كَمَا أَقَرَّ بِعَيْنٍ لِرَجُلٍ، ثُمَّ أَحْضَرَهَا، فَأَنْكَرَ الْمُقَرُّ لَهُ أَنْ تَكُونَ هِيَ الْمُقَرَّ بِهَا، فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُقِرِّ مَعَ يَمِينِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ عَبْدٌ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ، قِيمَةُ نَصِيبِ كُلٍّ مِنْهُمَا عَشَرَةُ دَنَانِيرَ، فَقَالَ رَجُلٌ يَمْلِكُ عَشَرَةَ دَنَانِيرَ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهَا لِأَحَدِهِمَا: أَعْتِقْ نَصِيبَكَ عَنِّي عَلَى هَذِهِ الدَّنَانِيرِ الْعَشَرَةِ، فَفَعَلَ؛ عَتَقَ نَصِيبُ الْمَسْئُولِ عَنِ السَّائِلِ، وَهَلْ يَسْرِي عَلَيْهِ إِلَى حِصَّةِ الْآخَرِ أَمْ لَا؟

إِنْ قُلْنَا: إِنَّ النُّقُودَ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ لَمْ يَسْرِ؛ لِأَنَّ المَسْئُولَ مَلَكَهَا عَلَيْهِ بِالْعَقْدِ، فَلَمْ يَبْقَ فِي مِلْكِ السَّائِلِ شَيْءٌ، فَصَارَ مُعْسِرًا، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَتَعَيَّنُ سَرَى إِلَى حِصَّةِ الشَّرِيكِ، كَمَا لَوِ اشْتَرَى ذَلِكَ النَّصِيبَ بِثَمَنٍ فِي الذِّمَّةِ؛ لِأَنَّهُ مَالِكٌ لِقِيمَةِ حِصَّةِ الْآخَرِ، وَذَكَرَ السَّامَرِّيُّ: وَيُفِيدُ هَذَا أَنَّ الدَّيْنَ الْمُسْتَغْرِقَ لَا يَمْنَعُ السِّرَايَةَ.

▪ **السَّابِعَةُ:** الْعَبْدُ هَلْ يَمْلِكُ بِالتَّمْلِيكِ أَمْ لَا؟

فِي المَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ عَنْ أَحْمَدَ، أَشْهَرُهُمَا عِنْدَ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الخِرَقِيِّ وَأَبِي بَكْرٍ وَالْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ.

وَالثَّانِيَةُ: يَمْلِكُ، اخْتَارَهَا ابْنُ شَاقلا، وَصَحَّحَهَا ابْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبُ الْمُغْنِي.

وَلِهَذَا الخِلَافِ فَوَائِدُ كَثِيرَةٌ جِدًّا:

فَمِنْهَا: لَوْ مَلَّكَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ مَالًا زَكَوِيًّا، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُهُ؛ فَزَكَاتُهُ عَلَى السَّيِّدِ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ، وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ؛ فَلَا زَكَاةَ عَلَى السَّيِّدِ؛ لِانْتِفَاءِ مِلْكِهِ لَهُ، وَلَا عَلَى الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ مُزَلْزَلٌ، وَلِهَذَا لَمْ يَلْزَمْهُ، فَفِيهِ نَفَقَةُ الْأَقَارِبِ، وَلَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ رَحِمُهُ بِالشِّرَاءِ، هَذَا مَا قَالَ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ، مِنْهُمْ أَبُو بَكْرٍ وَالْقَاضِي، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الخِرَقِيِّ، وَفِي كَلَامِ أَحْمَدَ إِيمَاءٌ إِلَيْهِ.

وَحَكَى بَعْضُ الْأَصْحَابِ رِوَايَةَ وُجُوبِ زَكَاتِهِ عَلَى الْعَبْدِ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ مِلْكُهُ، وَمِنْهُمْ مَنِ اشْتَرَطَ مَعَ ذَلِكَ إِذْنَ السَّيِّدِ؛ لِقَوْلِ أَحْمَدَ: فَيُزَكِّيه بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، وَإِنَّمَا مُرَادُهُ أَنَّ المَالَ لِلسَّيِّدِ وَزَكَاتَهُ عَلَيْهِ.

وَالْعَبْدُ كَالْوَكِيلِ وَالمُودَعِ، فَلَا يُزَكِّي بِدُونِ إِذْنِهِ، وَعَنِ ابْنِ حَامِدٍ أَنَّهُ ذَكَرَ احْتِمَالًا بِوُجُوبِ زَكَاتِهِ عَلَى السَّيِّدِ عَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ؛ لِأَنَّهُ إِمَّا مِلْكٌ لَهُ أَوْ فِي حُكْمِ مِلْكِهِ؛ لِتَمَكُّنِهِ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ كَسَائِرِ أَمْوَالِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا مَلَّكَهُ السَّيِّدُ وَأَهَلَّ عَلَيْهِ هِلَالُ الْفِطْرِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُهُ؛ فَفِطْرَتُهُ عَلَى السَّيِّدِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا فِطْرَةَ لَهُ عَلَى أَحَدٍ، قَالَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ اعْتِبَارًا بِزَكَاةِ المَالِ كَمَا سَبَقَ.

وَالثَّانِي: فِطْرَتُهُ عَلَى السَّيِّدِ، صَحَّحَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِي؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهُ عَلَى السَّيِّدِ، وَكَذَلِكَ فِطْرَتُهُ.

وَمِنْهَا: تَكْفِيرُهُ بِالْمَالِ فِي الحَجِّ وَالْأَيْمَانِ وَالظِّهَارِ وَنَحْوِهَا، وَفِيهِ لِلْأَصْحَابِ طُرُقٌ؛ أَحَدُهَا: الْبِنَاءُ عَلَى مِلْكِهِ وَعَدَمِهِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ فَلَهُ التَّكْفِيرُ بِالْمَالِ فِي الجُمْلَةِ، وَإِلَّا فَلَا، وَهَذِهِ طَرِيقَةُ الْقَاضِي وَأَبِي الخَطَّابِ وَابْنِ عَقِيلٍ وَأَكْثَرِ الْمُتَأَخِّرِينَ؛ لِأَنَّ التَّكْفِيرَ بِالْمَالِ يَسْتَدْعِي مِلْكَ الْمَالِ، فَإِذَا كَانَ هَذَا غَيْرَ قَابِلٍ لِلْمِلْكِ بِالْكُلِّيَّةِ، فَفَرْضُهُ الصِّيَامُ خَاصَّةً، وَعَلَى الْقَوْلِ بِالْمِلْكِ فَإِنَّهُ يُكَفِّرُ بِالْإِطْعَامِ، وَهَلْ يُكَفِّرُ بِالْعِتْقِ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ يَقْتَضِي الْوَلَاءَ وَالْوِلَايَةَ وَالْإِرْثَ، وَلَيْسَ الْعَبْدُ مِنْ أَهْلِهَا.

وَهَلْ يَلْزَمُهُ التَّكْفِيرُ بِالْمَالِ أَوْ يَجُوزُ لَهُ مَعَ إِجْزَاءِ الصِّيَامِ؟ الْمُتَوَجِّهُ إِنْ كَانَ فِي مِلْكِهِ مَالٌ، فَأَذِنَ لَهُ السَّيِّدُ بِالتَّكْفِيرِ مِنْهُ، لَزِمَهُ ذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي مِلْكِهِ، بَلْ أَرَادَ السَّيِّدُ أَنْ يَمْلِكَهُ لِيُكَفِّرَ لَمْ يَلْزَمْهُ، كَالحُرِّ الْمُعْسِرِ إِذَا بُذِلَ لَهُ مَالٌ.

وَعَلَى هَذَا يَتَنَزَّلُ مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِي مِنْ لُزُومِ التَّكْفِيرِ بِالْمَالِ فِي الحَجِّ، وَنَفْيِ اللُّزُومِ فِي الظِّهَارِ.

الطَّرِيقَةُ الثَّانِيَةُ: أَنَّ فِي تَكْفِيرِهِ بِالْمَالِ بِإِذْنِ السَّيِّدِ رِوَايَتَيْنِ مُطْلَقَتَيْنِ، سَوَاءٌ قُلْنَا: يَمْلِكُ أَوْ لَا يَمْلِكُ، حَكَاهَا الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ عَنْ شَيْخِهِ ابْنِ حَامِدٍ وَغَيْرِهِ مِنَ الْأَصْحَابِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي بَكْرٍ، فَوَجْهُ عَدَمِ تَكْفِيرِهِ بِالْمَالِ مَعَ الْقَوْلِ بِالْمِلْكِ أَنَّ مِلْكَهُ ضَعِيفٌ لَا يَحْتَمِلُ الْمُوَاسَاةَ، وَلِهَذَا لَمْ يَجِبْ فِيهِ الزَّكَاةُ وَلَا نَفَقَةُ الْأَقَارِبِ، فَكَذَلِكَ الْكَفَّارَاتُ، وَالْوَجْهُ تَكْفِيرُهُ بِالْمَالِ مَعَ الْقَوْلِ بِانْتِفَاءِ مِلْكِهِ، مَأْخَذَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ تَكْفِيرَهُ بِالْمَالِ إِنَّمَا هُوَ تَبَرُّعٌ لَهُ مِنَ السَّيِّدِ، وَإِبَاحَةٌ لَهُ أَنْ يُكَفِّرَ مِنْ مَالِهِ، وَالتَّكْفِيرُ عَنِ الْغَيْرِ لَا يُشْتَرَطُ دُخُولُهُ فِي مِلْكِ الْمُكَفَّرِ عَنْهُ، كَمَا نَقُولُ فِي

رِوَايَةٍ فِي كَفَّارَةِ الْمُجَامِعِ فِي رَمَضَانَ إِذَا عَجَزَ عَنْهَا، وَقُلْنَا: لَا يَسْقُطُ تَكْفِيرُ غَيْرِهِ عَنْهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ، جَازَ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ، وَكَذَلِكَ فِي سَائِرِ الْكَفَّارَاتِ عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ، وَلَوْ كَانَتْ قَدْ دَخَلَتْ فِي مِلْكِهِ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَأْخُذَهَا هُوَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ حِينَئِذٍ إِخْرَاجًا لِلْكَفَّارَةِ.

وَالْمَأْخَذُ الثَّانِي: أَنَّ الْعَبْدَ ثَبَتَ لَهُ فِي مِلْكٍ قَاصِرٍ بِحَسَبِ حَاجَتِهِ إِلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ الْمِلْكُ الْمُطْلَقُ التَّامُّ فَيَجُوزُ أَنْ يَثْبُتَ لَهُ فِي الْمَالِ الْمُكَفَّرِ بِهِ مِلْكٌ يِنتجُ لَهُ التَّكْفِيرَ بِالْمَالِ دُونَ بَيْعِهِ وَهِبَتِهِ، كَمَا أَثْبَتْنَا لَهُ فِي الْأَمَةِ مِلْكًا قَاصِرًا أُبِيحَ لَهُ التَّسَرِّي بِهَا دُونَ بَيْعِهَا وَلَا هِبَتِهَا عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ، وَهَذَا اخْتِيَارُ الشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ.

وَوَجْهُ التَّفْرِيقِ بَيْنَ الْعِتْقِ وَالْإِطْعَامِ أَنَّ التَّكْفِيرَ بِالْعِتْقِ مُحْتَاجٌ إِلَى مِلْكٍ، بِخِلَافِ الْإِطْعَامِ، ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى، وَلِهَذَا لَوْ أَمَرَ مَنْ عَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ رَجُلًا أَنْ يُطْعِمَ عَنْهُ فَفَعَلَ أَجْزَأَتْهُ، وَلَوْ أَمَرَ أَنْ يُعْتِقَ عَنْهُ، فَفِي إِجْزَائِهِ عَنْهُ رِوَايَتَانِ، وَلَوْ تَبَرَّعَ الْوَارِثُ بِالْإِطْعَامِ الْوَاجِبِ عَنْ مَوْرُوثِهِ صَحَّ، وَلَوْ تَبَرَّعَ عَنْهُ بِالْعِتْقِ لَمْ يَصِحَّ، وَلَوْ أَعْتَقَ الْأَجْنَبِيُّ عَنِ الْمَوْرُوثِ لَمْ يَصِحَّ، وَلَوْ أَطْعَمَ عَنْهُ فَوَجْهَانِ:

الطَّرِيقَةُ الثَّالِثَةُ: أَنَّهُ لَا يُجْزِئُ التَّكْفِيرُ بِغَيْرِ الصِّيَامِ بِحَالٍ عَلَى كِلَا الطَّرِيقَيْنِ، وَهِيَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَبِي الْخَطَّابِ فِي كِتَابِ الظِّهَارِ وَصَاحِبِ التَّلْخِيصِ وَغَيْرِهِمَا؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ فَإِنَّ مِلْكَهُ ضَعِيفٌ لَا يَحْتَمِلُ الْمُوَاسَاةَ كَمَا سَبَقَ، فَلَا يَكُونُ مُخَاطَبًا بِالتَّكْفِيرِ بِالْمَالِ بِالْكُلِّيَّةِ، فَلَا يَكُونُ فَرْضُهُ غَيْرَ الصِّيَامِ بِالْأَصَالَةِ، بِخِلَافِ الْحُرِّ الْعَاجِزِ فَإِنَّهُ قَابِلٌ لِلتَّمَلُّكِ.

وَمِنْ هَاهُنَا -وَاللهُ أَعْلَمُ- قَالَ الْخِرَقِيُّ: الْعَبْدُ أَيْضًا إِذَا حَنِثَ ثُمَّ عَتَقَ لَا يُجْزِئُهُ

التَّكْفِيرُ بِغَيْرِ الصَّوْمِ، بِخِلَافِ الْمُعْسِرِ إِذَا حَنِثَ ثُمَّ أَيْسَرَ.

وَقَالَ أَيْضًا فِي الْعَبْدِ إِذَا فَاتَهُ الْحَجُّ: إِنَّهُ يَصُومُ عَنْ كُلِّ مُدٍّ مِنْ قِيمَةِ الشَّاةِ يَوْمًا، وَقَالَ فِي الْحُرِّ الْمُعْسِرِ: إِنَّهُ يَصُومُ فِي الْإِحْصَارِ صِيَامَ التَّمَتُّعِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْعَبْدَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْمِلْكِ الْقَابِلِ لِتَعَلُّقِ الْوَاجِبَاتِ بِهِ، فَيَتَعَلَّقُ بِهِ وُجُوبُ الصِّيَامِ بِالْأَصَالَةِ وَفِدْيَةُ الْفَوَاتِ وَالْإِحْصَارِ.

وَلَمْ يَرِدْ فِيهَا نَصٌّ بِغَيْرِ الْهَدْيِ، فَأَوْجَبْنَا عَلَى الْعَبْدِ صِيَامًا يَقُومُ مَقَامَ الْهَدْيِ، وَيَعْدِلُ قِيمَةَ الشَّاةِ، كَمَا وَجَبَ فِي جَزَاءِ الصَّيْدِ؛ لِأَنَّ هَذَا الصِّيَامَ وَاجِبٌ بِالْأَصَالَةِ، لَيْسَ بَدَلًا عَنِ الْهَدْيِ، وَهُوَ يَعْدِلُ الْهَدْيَ، وَشَبِيهٌ بِهِ، فَيَكُونُ فَرْضُ الْعَبْدِ بِالْأَصَالَةِ بِخِلَافِ الْحُرِّ الْمُعْسِرِ، فَإِنَّ الْوَاجِبَ فِي ذِمَّتِهِ بِالْأَصَالَةِ هُوَ الْهَدْيُ، فَإِنْ عَجَزَ عَنْهُ انْتَقَلَ إِلَى الْبَدَلِ الَّذِي شُرِعَ لِلْهَدْيِ وَهُوَ صِيَامُ الْمُتْعَةِ.

وَمِنْهَا: إِذَا بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ، وَفِيهِ لِلْأَصْحَابِ طُرُقٌ:

إِحْدَاهَا: الْبِنَاءُ عَلَى الْمِلْكِ وَعَدَمِهِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ؛ لَمْ يُشْتَرَطْ مَعْرِفَةُ الْمَالِ وَلَا سَائِرُ شَرَائِطِ الْبَيْعِ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ دَاخِلٍ فِي الْعَقْدِ، وَإِنَّمَا اشْتُرِطَ عَلَى مِلْكِ الْعَبْدِ لِيَكُونَ عَبْدًا ذَا مَالٍ، وَذَلِكَ صِفَةٌ فِي الْعَبْدِ لَا تُفْرَدُ بِالْمُعَاوَضَةِ، وَهُوَ كَبَيْعِ الْمُكَاتَبِ الَّذِي لَهُ مَالٌ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ؛ اشْتُرِطَ لِمَالِكِهِ مَعْرِفَتُهُ، وَأَنَّ بَيْعَهُ بِغَيْرِ جِنْسِ الْمَالِ أَوْ بِجِنْسِهِ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ أَكْثَرَ عَلَى رِوَايَةٍ، وَيُشْتَرَطُ التَّقَابُضُ؛ لِأَنَّ الْمَالَ حِينَئِذٍ دَاخِلٌ فِي عَقْدِ الْبَيْعِ، وَهَذِهِ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنِ عَقِيلٍ وَأَبِي الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ وَغَيْرِهِمْ.

وَالطَّرِيقَةُ الثَّانِيَةُ: اعْتِبَارُ قَصْدِ الْمَالِ أَوْ عَدَمِهِ لَا غَيْر، فَإِنْ كَانَ الْمَالُ مَقْصُودًا

لِلْمُشْتَرِي اشْتُرِطَ عِلْمُهُ وَسَائِرُ شُرُوطِ الْبَيْعِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَقْصُودٍ بَلْ قَصَدَ الْمُشْتَرِي تَرْكَهُ لِلْعَبْدِ لِيَنْتَفِعَ بِهِ وَحْدَهُ لَمْ يُشْتَرَطْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ غَيْرُ مَقْصُودٍ، وَهَذِهِ الطَّرِيقَةُ هِيَ الْمَنْصُوصَةُ عَنْ أَحْمَدَ وَأَكْثَرِ أَصْحَابِهِ؛ كَالْخِرَقِيِّ وَأَبِي بَكْرٍ وَالْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَكَلَامُهُ ظَاهِرٌ فِي الصِّحَّةِ.

وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ الْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ وَتَرْجِعُ الْمَسْأَلَةُ عَلَى هَذِهِ الطَّرِيقَةِ إِلَى بَيْعِ رِبَوِيٍّ بِغَيْرِ جِنْسِهِ، وَمَعَهُ مِنْ جِنْسِهِ مَا هُوَ غَيْرُ مَقْصُودٍ، وَقَدِ اسْتَوْفَيْنَا الْكَلَامَ عَلَيْهَا فِي الْقَوَاعِدِ، وَرَجَّحَ صَاحِبُ الْمُغْنِي هَذِهِ الطَّرِيقَةَ.

وَالطَّرِيقَةُ الثَّالِثَةُ: الْجَمْعُ بَيْنَ الطَّرِيقَتَيْنِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ، وَصَاحِبِ الْمُحَرَّرِ، وَمَضْمُونُهَا أَنَّا إِنْ قُلْنَا: الْعَبْدُ يَمْلِكُ؛ لَمْ يُشْتَرَطْ لِمَالِهِ شُرُوطُ الْبَيْعِ بِحَالٍ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ فَإِنْ كَانَ الْمَالُ مَقْصُودًا لِلْمُشْتَرِي اشْتُرِطَ لَهُ شَرَائِطُ الْبَيْعِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَقْصُودٍ لَهُ لَمْ يُشْتَرَطْ لَهُ ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَذِنَ الْمُسْلِمُ لِعَبْدِهِ الذِّمِّيِّ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ بِمَالِهِ عَبْدًا مُسْلِمًا فَاشْتَرَاهُ، فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ؛ لَمْ يَصِحَّ شِرَاؤُهُ لَهُ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ صَحَّ، وَكَانَ مَمْلُوكًا لِلسَّيِّدِ.

قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ عِنْدِي. قُلْتُ: وَيَتَخَرَّجُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ لَا يَصِحُّ عَلَى الْقَوْلَيْنِ بِنَاءً عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ شِرَاءُ الذِّمِّيِّ لِمُسْلِمٍ بِالْوَكَالَةِ، وَلَوْ كَانَ بِالْعَكْسِ بِأَنْ يَأْذَنَ الْكَافِرُ لِعَبْدِهِ الْمُسْلِمِ الَّذِي يَثْبُتُ مِلْكُهُ عَلَيْهِ أَنْ يَشْتَرِيَ بِمَالِهِ رَقِيقًا مُسْلِمًا، فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ؛ صَحَّ، وَكَانَ الْعَبْدُ لَهُ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ؛ لَمْ يَصِحَّ.

وَمِنْهَا: تَسَرِّي الْعَبْدِ، وَفِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: بِنَاؤُهُ عَلَى الخِلَافِ فِي مِلْكِهِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ جَازَ تَسَرِّيهِ وَإِلَّا فَلَا؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ بِغَيْرِ نِكَاحٍ وَلَا مِلْكِ يَمِينٍ مُحَرَّمٌ بِنَصِّ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي وَالْأَصْحَابِ بَعْدَهُ.

وَالثَّانِيَةُ: يَجُوزُ تَسَرِّيهِ عَلَى كِلَا الرِّوَايَتَيْنِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الخِرَقِيِّ وَأَبِي بَكْرٍ وَابْنِ أَبِي مُوسَى، وَرَجَّحَهَا صَاحِبُ المُغْنِي، وَهِيَ أَصَحُّ، فَإِنَّ مَنْصُوصَ أَحْمَدَ لَا تَخْتَلِفُ فِي إِبَاحَةِ التَّسَرِّي لَهُ، فَتَارَةً عَلَّلَ بِأَنَّهُ يَمْلِكُ، وَتَارَةً اعْتَرَفَ بِأَنَّهُ خِلَافُ الْقِيَاسِ، وَأَنَّهُ جَازَ لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ عَلَيْهِ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ أَجَازَ التَّسَرِّيَ، وَإِنْ قِيلَ: لَا يَمْلِكُ اتِّبَاعًا لِلصَّحَابَةِ فِي ذَلِكَ، وَوَجْهُهُ أَنَّ الْعَبْدَ وَإِنْ قِيلَ: إِنَّهُ لَا يَمْلِكُ فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَثْبُتَ لَهُ مِلْكُ مَا يَحْتَاجُ إِلَى الِانْتِفَاعِ بِهِ، وَلِذَلِكَ يَمْلِكُ عَقْدَ النِّكَاحِ، وَهُوَ مِلْكٌ لِمَنْفَعَةِ الْبُضْعِ، فَكَذَلِكَ يَمْلِكُ التَّسَرِّيَ وَيَثْبُتُ لَهُ هَذَا المِلْكُ الخَاصُّ لِحَاجَتِهِ إِلَيْهِ، وَلَا يَجُوزُ تَسَرِّيهِ بِدُونِ إِذْنٍ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ جَمَاعَةٍ كَنِكَاحِهِ، وَلِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي مَالِهِ بِمَا يُتْلِفُ مَالِيَّتَهُ وَيَضُرُّ بِهِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ السَّيِّدِ بِهِ، وَالتَّسَرِّي فِيهِ إِضْرَارٌ بِالجَارِيَةِ، وَتَنْقِيصٌ لِمَالِيَّتِهَا بِالْوَطْءِ وَالحَمْلِ، وَرُبَّمَا أَدَّى إِلَى تَلَفِهَا.

وَنَقَلَ عَنْهُ أَبُو طَالِبٍ وَإِبْرَاهِيمُ بْنُ هَانِئٍ: يَتَسَرَّى الْعَبْدُ فِي مَالِهِ؛ كَانَ ابْنُ عُمَرَ يَتَسَرَّى عَبِيدُهُ فِي مَالِهِ فَلَا يَعِيبُ عَلَيْهِمْ.

قَالَ الْقَاضِي فِيمَا عَلَّقَهُ عَلَى حَوَاشِي الجَامِعِ لِلْخَلَّالِ: ظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ يَجُوزُ تَسَرِّيهِ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ لَهُ؛ لِأَنَّهُ مَالِكٌ لَهُ. انْتَهَى.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُحْمَلَ نَصُّ اشْتِرَاطِهِ عَلَى التَّسَرِّي مِنْ مَالِ سَيِّدِهِ إِذَا كَانَ مَأْذُونًا لَهُ، وَنَصُّهُ يُقَدَّمُ عَلَى اشْتِرَاطِ تَسَرِّيهِ فِي مَالِ نَفْسِهِ الَّذِي يَمْلِكُهُ، وَقَدْ أَوْمَأَ إِلَى هَذَا فِي رِوَايَةِ جَمَاعَةٍ، وَهُوَ الْأَظْهَرُ.

وَنَقَلَ الْأَثْرَمُ عَنْهُ فِي الرَّجُلِ يَهَبُ لِعَبْدِهِ جَارِيَةً لَا يَطَؤُهَا، وَلَكِنَّهُ يَتَسَرَّى فِي مَالِهِ إِذَا أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ، وَفَسَّرَ مَالَهُ بِمَالِ الْعَبْدِ الَّذِي فِي يَدَيْهِ، وَهَذَا فِي اعْتِبَارِ الْإِذْنِ فِي التَّسَرِّي مِنْ مَالِ نَفْسِهِ، وَتَفْرِيقُهُ بَيْنَ ذَلِكَ وَبَيْنَ الْأَمَةِ الَّتِي يَمْلِكُهَا السَّيِّدُ فِيهِ إِشْكَالٌ، وَلَعَلَّهُ مَنَعَ الْوَطْءَ بِدُونِ إِذْنِ السَّيِّدِ فَيَكُونُ ذَلِكَ مِنْهُ اشْتِرَاطًا لِإِذْنِ السَّيِّدِ بِكُلِّ حَالٍ.

وَاعْلَمْ أَنَّ الْإِمَامَ أَحْمَدَ مُتَرَدِّدٌ فِي تَسَرِّي الْعَبْدِ بِأَمَةِ سَيِّدِهِ وَنِكَاحِهِ، هَلْ هُمَا جِنْسٌ وَاحِدٌ أَمْ لَا؟

فَقَالَ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ: لَا يَبِيعُ أَمَتَهُ الْمُزَوَّجَةَ بِعَبْدِهِ حَتَّى يُطَلِّقَهَا الْعَبْدُ، فَجَعَلَهُ تَمْلِيكًا لَازِمًا، وَنَقَلَ عَنْهُ الْأَكْثَرُونَ جَوَازَهُ، وَاخْتُلِفَ عَنْهُ فِي بَيْعِ سُرِّيَّةِ عَبْدِهِ، فَنَقَلَ عَنْهُ الْمَيْمُونِيُّ الْجَوَازَ، وَنَقَلَ عَنْهُ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْمَنْعَ، مُعَلِّلًا بِأَنَّ التَّسَرِّيَ بِمَنْزِلَةِ النِّكَاحِ، يُرِيدُ أَنَّهُ لَازِمٌ لَا يَجُوزُ الرُّجُوعُ فِيهِ.

وَكَذَا نَقَلَ عَنْهُ ابْنُ هَانِئٍ وَغَيْرُهُ، وَاخْتُلِفَ عَنْهُ فِي جَوَازِ تَسَرِّي الْعَبْدِ بِأَكْثَرَ مِنْ أَمَتَيْنِ، فَنَقَلَ عَنْهُ الْمَيْمُونِيُّ الْجَوَازَ وَأَبُو الْحَارِثِ الْمَنْعَ كَالنِّكَاحِ، وَلَمْ يُخْتَلَفْ عَنْهُ فِي أَنَّ الْعَبْدَ وَسُرِّيَّتَهُ يُوجِبُ تَحْرِيمَهُمَا عَلَيْهِ لِزَوَالِ مِلْكِهِ عَنْهَا، وَنَقَلَهُ عَنِ ابْنِ عُمَرَ، وَاخْتُلِفَ عَنْهُ فِي عِتْقِ الْعَبْدِ وَزَوْجَتِهِ، هَلْ يَنْفَسِخُ بِهِ النِّكَاحُ؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ بِنَاءً عَلَى تَغْلِيبِ جِهَةِ التَّمْلِيكِ فِيهِ أَوْ جِهَةِ النِّكَاحِ.

وَقَدِ اسْتَشْكَلَ أَكْثَرَ هَذِهِ النُّصُوصِ الْقَاضِي، وَرُبَّمَا أَوَّلَـهَا وَنَزَّلَـهَا عَلَى مَا ذَكَرَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ، وَهَذِهِ المَسَائِلُ المَذْكُورَةُ مَنْصُوصَةٌ عَنِ السَّلَفِ حُكْمًا وَتَعْلِيلًا كَمَا ذَكَرْنَا.

وَكَذَلِكَ قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ إِبَاحَةُ التَّسَرِّي لِلْعَبْدِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ؛ فَيَكُونُ نِكَاحًا عِنْدَهُ، وَحُمِلَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ عَلَى مِثْلِ ذَلِكَ، وَعَلَى هَذَا فَهَلْ يُشْتَرَطُ لَهُ الْإِشْهَادُ؟ وَكَلَامُ أَحْمَدَ يَقْتَضِي اسْتِحْبَابَهُ لَا غَيْرَ، وَفِي ثُبُوتِ المَهْرِ بِهِ خِلَافٌ مَعْرُوفٌ.

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ نَفْسَهُ بِمَالٍ فِي يَدِهِ، فَهَلْ يُعْتَقُ أَمْ لَا؟

المَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ يُعْتَقُ بِذَلِكَ، وَذَكَـرَهُ الخِرَقِيُّ مَعَ قَوْلِهِ: إِنَّ الْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ.

وَنَزَّلَهُ الْقَاضِي عَلَى الْقَوْلِ بِالمِلْكِ، فَيَكُونُ دُخُولُ السَّيِّدِ مَعَ عَبْدِهِ فِي بَيْعِهِ نَفْسَهُ بِمَالِهِ إِقْرَارًا لَهُ عَلَى مِلْكِهِ، فَيَصِحُّ بَيْعُهُ وَيُعْتَقُ.

وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ؛ لَمْ يَصِحَّ بَيْعُهُ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَالَ: بَيْعُهُ نَفْسَهُ هُنَا كِنَايَةٌ عَنْ عِتْقِهِ، فَيُعْتَقُ بِهِ بِكُلِّ حَالٍ؛ وَلِهَذَا قَالَ الْأَصْحَابُ: إِنَّ بَيْعَ السَّيِّدِ عَبْدَهُ نَفْسَهُ بِمَالٍ تَعْلِيقٌ لِعِتْقِهِ عَلَى الْتِزَامِهِ، فَيُعْتَقُ عَلَى مِلْكِ السَّيِّدِ، فَيَكُونُ هَاهُنَا تَعْلِيقًا عَلَى إِيفَاءِ هَذَا المَالِ، يُعْتَقُ بِهِ، أَمَّا إِنْ دَفَعَ مَالًا إِلَى رَجُلٍ لِيَشْتَرِيَهُ بِهِ مِنْ سَيِّدِهِ فَفَعَلَ وَأَعْتَقَهُ المُشْتَرِي، فَهَلْ يَصِحُّ الْعَقْدُ وَيُعْتَقُ؟

إِنِ اشْتَرَاهُ الرَّجُلُ فِي الذِّمَّةِ ثُمَّ نَقَدَ المَالَ؛ صَحَّ وَعَتَقَ، وَإِنِ اشْتَرَاهُ بِعَيْرِ المَالِ انْبَنَى عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ فِي تَعْيِينِ النُّقُودِ بِالتَّعْيِينِ عَلَى مَا سَبَقَ.

وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللهِ وَأَبِي الْحَارِثِ وَأَبِي دَاوُد الْبُطْلَانُ مُعَلَّلًا بِمَا ذَكَرْنَا، وَذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ.

وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ وَالَّتِي قَبْلَهَا أَنَّ السَّيِّدَ لَمْ يَعْلَمْ هَاهُنَا أَنَّهَا مَالُهُ، فَلَا يَكُونُ إقْرَارًا لَـهَا عَلَى مِلْكِ الْعَبْدِ، وَنَصَّ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا وَحَنْبَلٍ عَلَى أَنَّهُ يُعْتَقُ، وَيَغْرَمُ الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ، وَهَذَا قَدْ يَتَنَزَّلُ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ النُّقُودَ لَا تَتَعَيَّنُ.

وَقَدْ يَتَنَزَّلُ مَعَ الْقَوْلِ بِالتَّعْيِينِ عَلَى أَنَّهُ عَقْدٌ فَاسِدٌ مُخْتَلَفٌ فِيهِ، فَيَنْفُذُ فِيهِ الْعِتْقُ كَمَا يَنْفُذُ الطَّلَاقُ فِي النِّكَاحِ الْمُخْتَلَفِ فِيهِ، وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِلْأَصْحَابِ.

وَكَذَلِكَ نَقَلَ مُهَنَّا عَنْهُ فِي عَبْدٍ دَفَعَ إلَى رَجُلٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ مِنْ مَالِ رَجُلٍ آخَرَ، فَاشْتَرَاهُ بِهَا مِنْ سَيِّدِهِ وَأَعْتَقَهُ أَنَّهُ يَرْجِعُ صَاحِبُ الْمَالِ بِمَالِهِ، فَإِنِ اسْتَهْلَكَ كَانَ دَيْنًا عَلَى الْعَبْدِ، وَيُعْتَقُ الْعَبْدُ.

وَحَمَلَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِن الْمُجَرَّدِ، وَتَبِعَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي الْمَسْأَلَةِ عَلَى أَنَّ الْعَبْدَ وَكَّلَ الرَّجُلَ فِي شِرَاءِ نَفْسِهِ مِنْ سَيِّدِهِ، فَيَكُونُ الْمُشْتَرِي وَكِيلًا لِلْعَبْدِ، وَتَكُونُ وَكَالَةً صَحِيحَةً.

قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: فَعَلَى هَذَا يَكُونُ قَدْ عَتَقَ فِي الْبَاطِنِ فِي الْحَالِ، وَيَلْزَمُ الْمُشْتَرِيَ الثَّمَنُ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْعَبْدِ.

وَقَالَ أَيْضًا فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: هَذَا فِيهِ إشْكَالٌ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ عِنْدَنَا لَا يَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ سَيِّدِهِ شَيْئًا بِنَفْسِهِ، فَكَيْفَ يَصِحُّ تَوْكِيلُهُ فِيهِ؟ وَلِهَذَا قَالَ أَحْمَدُ: لَا رِبَا بَيْنَ الْعَبْدِ وَسَيِّدِهِ. قَالَ: وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْعَبْدَ يَمْلِكُ وَيَلْتَزِمُ عَلَيْهِ جَرَيَانُ الرِّبَا بَيْنَهُمَا.

قَالَ: وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ هَذِهِ المَسْأَلَةُ غَلَطًا فِي كِتَابَيْهِمَا -يَعْنِي الْقَاضِيَ وَابْنَ عَقِيلٍ- وَأَنَّ الصَّوَابَ فِي ذَلِكَ أَنْ يُقَالَ: إِذَا وَكَّلَ رَجُلٌ الْعَبْدَ فِي شِرَاءِ نَفْسِهِ مِنْ سَيِّدِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا عَتَقَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ وَلَهُ مَالٌ، فَهَلْ يَسْتَقِرُّ مِلْكُهُ لِلْعَبْدِ أَمْ يَكُونُ لِلسَّيِّدِ؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ، فَمِنْهُمْ مَنْ بَنَاهُمَا عَلَى الْقَوْلِ بِالمِلْكِ وَعَدَمِهِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ؛ اسْتَقَرَّ مِلْكُهُ عَلَيْهِ بِالْعِتْقِ، وَإِلَّا فَلَا، وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي بَكْرٍ وَالْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَصَاحِبِ الْمُحَرَّرِ، وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَ الرِّوَايَتَيْنِ عَلَى الْقَوْلِ بِالمِلْكِ.

وَمِنْهَا: لَوِ اشْتَرَى الْعَبْدُ زَوْجَتَهُ الْأَمَةَ بِمَالِهِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ؛ انْفَسَخَ نِكَاحُهُ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ؛ لَمْ يَنْفَسِخْ.

وَمِنْهَا: لَوْ مَلَّكَهُ سَيِّدُهُ أَمَةً فَاسْتَوْلَدَهَا، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ فَالْوَلَدُ مِلْكُ السَّيِّدِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ فَالْوَلَدُ مَمْلُوكٌ لِلْعَبْدِ، لَكِنَّهُ لَا يَعْتِقُ عَلَيْهِ حَتَّى يَعْتِقَ، فَإِذَا عَتَقَ وَلَمْ يَنْزِعْهُ مِنْهُ قَبْلَ عِتْقِهِ عَتَقَ عَلَيْهِ لِتَمَامِ مِلْكِهِ حِينَئِذٍ. ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ.

وَمِنْهَا: هَلْ يَنْفُذُ تَصَرُّفُ السَّيِّدِ فِي مَالِ الْعَبْدِ دُونَ اسْتِرْجَاعِهِ؟

إِنْ قُلْنَا: الْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ؛ صَحَّ بِغَيْرِ إِشْكَالٍ، وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُ يَنْفُذُ عِتْقُ السَّيِّدِ لِرَقِيقِ عَبْدِهِ.

قَالَ الْقَاضِي فِي الجَامِعِ الْكَبِيرِ: فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ رَجَعَ فِيهِ قَبْلَ عِتْقِهِ، قَالَ: وَإِنْ حُمِلَ عَلَى ظَاهِرِهِ فَلِأَنَّ عِتْقَهُ يَتَضَمَّنُ الرُّجُوعَ فِي التَّمْلِيكِ.

وَمِنْهَا: الْوَقْفُ عَلَى الْعَبْدِ، فَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ، فَقِيلَ: إِنَّ ذَلِكَ يَتَفَرَّعُ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ، فَأَمَّا: إِنْ قِيلَ: إِنَّهُ يَمْلِكُ؛ صَحَّ الْوَقْفُ عَلَيْهِ كَالْمُكَاتَبِ فِي أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، وَالْأَكْثَرُونَ عَلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَيْهِ فِي الرِّوَايَتَيْنِ لِضَعْفِ مِلْكِهِ.

وَمِنْهَا: وَصِيَّةُ السَّيِّدِ لِعَبْدِهِ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِهِ، فَإِنْ كَانَ بِجُزْءٍ مُشَاعٍ مِنْهُ صَحَّ وَعَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ بِنِسْبَةِ ذَلِكَ الْجُزْءِ لِدُخُولِهِ فِي عُمُومِ الْمَالِ، وَكَمُلَ عِتْقُهُ مِنْ بَقِيَّةِ الْوَصِيَّةِ، نَصَّ عَلَيْهِ، فَقِيلَ: لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ إِنَّمَا صَحَّتْ لِعَقْدِهِ، فَتَقْدِيمُ الْعِتْقِ أَهَمُّ وَأَنْفَعُ لَهُ.

وَقِيلَ: بَلِ الْجُزْءُ الشَّائِعُ الْمُوصَى بِهِ غَيْرُ مُتَعَيِّنٍ، فَتَعَيَّنَ فِي الْعَبْدِ تَصْحِيحًا لِلْوَصِيَّةِ مَهْمَا أَمْكَنَ.

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَالَ: مَلَكَ بِالْوَصِيَّةِ جُزْءًا مُشَاعًا مِنْ نَفْسِهِ، فَتُعْتَقُ عَلَيْهِ، وَمَلَكَ بِهِ بَقِيَّةَ الْوَصِيَّةِ، فَصَارَ مُعْسِرًا، فَسَرَى الْعِتْقُ إِلَى الْبَاقِي مَضْمُونًا بِالسِّرَايَةِ مِنْ بَقِيَّةِ الْوَصِيَّةِ؛ إِذْ لَا مَالَ لَهُ سِوَاهَا، كَمَنْ مَلَكَ بَعْضَ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ بِفِعْلِهِ وَأَوْلَى.

وَهَذَا الْمَأْخَذُ مَنْقُولٌ عَنِ ابْنِ سِيرِينَ، وَهُوَ حَسَنٌ، وَفِي كَلَامِ أَبِي الْحَسَنِ التَّمِيمِيِّ مَا يُشْعِرُ بِهِ أَيْضًا.

وَصَرَّحَ بَعْضُهُمْ أَنَّهُ يُعْتَقُ مِنْهُ بِنِسْبَةِ الْوَصِيَّةِ مِنَ الْمَالِ، فَيَسْرِي الْعِتْقُ إِلَى جَمِيعِهِ إِذَا احْتَمَلَهُ الثُّلُثُ، بِنَاءً عَلَى الْقَوْلِ بِالسِّرَايَةِ بِالْوَصِيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَيُكْمَلُ لَهُ بَقِيَّةُ الْوَصِيَّةِ مِنَ الْمَالِ إِنِ احْتَمَلَ الثُّلُثُ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ بِجُزْءٍ مُعَيَّنٍ

أَوْ مُقَدَّرٍ فَفِي صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ رِوَايَتَانِ، أَشْهَرُهُمَا عَدَمُ الصِّحَّةِ.

فَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ بَنَاهُمَا عَلَى أَنَّ الْعَبْدَ هَلْ يَمْلِكُ أَمْ لَا؟ وَأَشَارَ إِلَى ذَلِكَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ، وَهَذِهِ طَرِيقَةُ ابْنِ أَبِي مُوسَى وَالشِّيرَازِيِّ وَابْنِ عَقِيلٍ وَغَيْرِهِمْ.

وَمِنْهُمْ مَنْ حَمَلَ الصِّحَّةَ عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ كَقَدْرِ الْمُعَيَّنِ أَو الْمُقَدَّرِ مِنَ التَّرِكَةِ لَا بِعَيْنِهِ، فَيَعُودُ إِلَى الْجُزْءِ الْمُشَاعِ، وَهُوَ بَعِيدٌ جِدًّا.

وَمِنْهَا: لَوْ غَزَا الْعَبْدُ عَلَى فَرَسٍ مَلَّكَهُ إِيَّاهَا سَيِّدُهُ، فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهَا لَمْ يُسْهَمْ لَـهَا، وَلِأَنَّ الْفَرَسَ تَبَعٌ لِمَالِكِهَا، فَإِذَا كَانَ مَالِكُهَا مِنْ أَهْلِ الرَّضْخِ فَكَذَلِكَ فَرَسُهُ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُهَا أُسْهِمَ لَـهَا؛ لِأَنَّهَا لِسَيِّدِهِ، كَذَا قَالَ الْأَصْحَابُ.

وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْحَكَمِ أَنَّهُ يُسْهَمُ لِفَرَسِ الْعَبْدِ، وَتَوَقَّفَ مَرَّةً أُخْرَى وَقَالَ: لَا يُسْهَمُ لَـهَا بِحَالٍ، وَنَقَلَ عَنْهُ أَبُو طَالِبٍ إِذَا غَزَا الْعَبْدُ مَعَ سَيِّدِهِ وَمَعَهُ فَرَسَانِ، وَمَعَ سَيِّدِهِ فَرَسَانِ، يُسْهَمُ لِفَرَسَيِ السَّيِّدِ، وَلَا يُسْهَمُ لِفَرَسَيِ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ الْكُلَّ لِلسَّيِّدِ، وَلَا يُسْهَمُ لِأَكْثَرَ مِنْ فَرَسَيْنِ.

تَنْبِيهٌ: الخِلَافُ فِي مِلْكِ الْعَبْدِ بِالتَّمْلِيكِ، هَلْ هُوَ مُخْتَصٌّ بِتَمْلِيكِ سَيِّدِهِ أَمْ لَا؟ قَالَ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ: وَهُوَ مُخْتَصٌّ بِهِ، فَلَا يَمْلِكُ مِنْ غَيْرِ جِهَتِهِ، وَكَلَامُ الْأَكْثَرِينَ يَدُلُّ عَلَى خِلَافِهِ.

وَيَتَفَرَّعُ عَلَى ذَلِكَ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: مِلْكُهُ اللُّقَطَةَ بَعْدَ الحَوْلِ.

قَالَ طَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ: يَنْبَنِي عَلَى رِوَايَتَي الْمِلْكِ وَعَدَمِهِ جَعْلًا لِتَمْلِيكِ الشَّارِعِ كَتَمْلِيكِ السَّيِّدِ.

وَظَاهِرُ كَلَامِ ابْنِ أَبِي مُوسَى أَنَّهُ يَمْلِكُ اللُّقَطَةَ، وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ بِتَمْلِيكِ سَيِّدِهِ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ شَرْعِيٌّ يَثْبُتُ قَهْرًا، فَيَثْبُتُ لَهُ حُكْمًا، وَفَارَقَ الْمِيرَاثَ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ؛ لِانْقِطَاعِ تَصَرُّفِهِ، وَهُنَا هُوَ مِنْ أَهْلِ الْحَاجَةِ إِلَى الْمَالِ.

وَعِنْدَ صَاحِبِ التَّلْخِيصِ: لَا يَمْلِكُهَا بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَكَذَلِكَ فِي الْهِدَايَةِ وَالْمُغْنِي أَنَّهَا مِلْكٌ لِسَيِّدِهِ.

وَمِنْهَا: حِيَازَتُهُ الْمُبَاحَاتِ مِنِ احْتِطَابٍ أَوِ احْتِشَاشٍ أَوِ اصْطِيَادٍ أَوْ مَعْدِنٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ؛ فَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ: هُوَ مِلْكٌ لِسَيِّدِهِ دُونَهُ رِوَايَةً وَاحِدَةً، كَالْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ؛ لِأَنَّ جَوَارِحَ الْعَبْدِ وَمَنَافِعَهُ مِلْكٌ لِسَيِّدِهِ، فَهِيَ كَيَدِ نَفْسِهِ، فَالْحَاصِلُ فِي يَدِ عَبْدِهِ كَالْحَاصِلِ فِي يَدِهِ حُكْمًا.

نَعَمْ، لَوْ أَذِنَ السَّيِّدُ لَهُ فِي ذَلِكَ فَهُوَ كَتَمْلِيكِهِ إِيَّاهُ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ، وَخَرَّجَ طَائِفَةٌ الْمَسْأَلَةَ عَلَى الْخِلَافِ فِي مِلْكِ الْعَبْدِ وَعَدَمِهِ، مِنْهُمُ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ، وَقَاسَهُ عَلَى اللُّقَطَةِ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ ابْنِ عَقِيلٍ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ.

وَمِنْهَا: إِذَا وَصَّى لِلْعَبْدِ أَوْ وَهَبَ لَهُ وَقَبِلَهُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ أَوْ بِدُونِهِ، إِذَا أَجَزْنَا لَهُ فِي ذَلِكَ عَلَى الْمَنْصُوصِ، فَالْمَالُ لِلسَّيِّدِ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ، وَذَكَرَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ، وَبَنَاهُ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ عَلَى الْخِلَافِ فِي مِلْكِ الْعَبْدِ.

وَمِنْهَا: لَوْ خَلَعَ الْعَبْدُ زَوْجَتَهُ بِعِوَضٍ فَهُوَ لِلسَّيِّدِ، ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ.

وَظَاهِرُ كَلَامِ ابْنِ عَقِيلٍ بِنَاؤُهُ عَلَى الخِلَافِ فِي مِلْكِ الْعَبْدِ، وَيُعَضِّدُهُ أَنَّ الْعَبْدَ هُنَا يَمْلِكُ الْبُضْعَ، فَمَلَكَ عِوَضَهُ بِالخُلْعِ؛ لِأَنَّ مَنْ يَمْلِكُ شَيْئًا مَلَكَ عِوَضَهُ، فَأَمَّا مَهْرُ الْأَمَةِ فَهُوَ لِلسَّيِّدِ؛ لِأَنَّهُ عِوَضٌ عَنْ مِلْكِ السَّيِّدِ، وَهُوَ مَنْفَعَةُ الْبُضْعِ، فَيَكُونُ تَمَلُّكُهُ لَهُ كَأُجْرَةِ الْعَبْدِ لَهُ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، فَإِنَّهُ لَيْسَ عِوَضًا عَنْ مِلْكِهِ.

▪ **الثَّامِنَةُ**: المُضَارِبُ هَلْ يَمْلِكُ الرِّبْحَ بِالظُّهُورِ أَمْ لَا؟

ذَكَرَ أَبُو الخَطَّابِ أَنَّهُ يَمْلِكُ بِالظُّهُورِ رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَقَالَ الْأَكْثَرُونَ: فِي المَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: يَمْلِكُهُ بِالظُّهُورِ، وَهِيَ المَذْهَبُ المَشْهُورُ.

وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ: لَا يَمْلِكُ بِدُونِ الْقِسْمَةِ، وَنَصَرَهَا الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي المُضَارَبَةِ، وَيَسْتَقِرُّ المِلْكُ فِيهَا بِالمُقَاسَمَةِ عِنْدَ الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ، وَلَا يَسْتَقِرُّ بِدُونِهَا.

وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ: يَسْتَقِرُّ بِالمُحَاسَبَةِ التَّامَّةِ؛ كَابْنِ أَبِي مُوسَى وَغَيْرِهِ، وَبِذَلِكَ جَزَمَ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ، وَهُوَ المَنْصُوصُ صَرِيحًا عَنْ أَحْمَدَ.

وَلِهَذَا الِاخْتِلَافِ فَوَائِدُ:

مِنْهَا: انْعِقَادُ الحَوْلِ عَلَى حِصَّةِ المُضَارِبِ مِنَ الرِّبْحِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، فَإِنْ قِيلَ: لَا يَمْلِكُ بِدُونِهَا؛ فَلَا انْعِقَادَ قَبْلَهَا، وَإِنْ قِيلَ: يَمْلِكُ بِمُجَرَّدِ الظُّهُورِ، فَهَلْ يَنْعَقِدُ الحَوْلُ عَلَيْهَا قَبْلَ اسْتِقْرَارِ المِلْكِ فِيهَا، أَمْ لَا يَنْعَقِدُ بِدُونِ الِاسْتِقْرَارِ؟ فَفِيهِ لِلْأَصْحَابِ طُرُقٌ:

أَحَدُهَا: لَا يَنْعَقِدُ الحَوْلُ عَلَيْهَا بِدُونِ اسْتِقْرَارٍ بِحَالٍ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَالخِلَافِ وَمَنِ اتَّبَعَهُ، وَكَذَلِكَ طَرِيقَةُ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ أَبِي مُوسَى، إِلَّا أَنَّ الْقَاضِيَ عِنْدَهُ الِاسْتِقْرَارُ بِالْقِسْمَةِ وَعِنْدَهُمَا بِالْمُحَاسَبَةِ التَّامَّةِ، فَيَنْعَقِدُ الحَوْلُ عِنْدَهُمَا بِالْمُحَاسَبَةِ، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ وَابْنِ مَنْصُورٍ وَحَنْبَلٍ.

وَالطَّرِيقَةُ الثَّانِيَةُ: إِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ بِالظُّهُورِ انْعَقَدَ الحَوْلُ عَلَيْهِ مِنْ حِينِهِ، وَإِلَّا فَلَا، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي مِنْ مَوْضِعٍ مِنَ الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَأَبِي الخَطَّابِ.

وَالطَّرِيقَةُ الثَّالِثَةُ: إِنْ قُلْنَا: لَا يَثْبُتُ المِلْكُ قَبْلَ الِاسْتِقْرَارِ لَمْ يَنْعَقِدِ الحَوْلُ، وَإِنْ قُلْنَا: يَثْبُتُ بِدُونِهِ فَهَلْ يَنْعَقِدُ قَبْلَهُ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ ابْنِ عَقِيلٍ وَصَاحِبَي الْمُغْنِي وَالْمُحَرَّرِ، لَكِنَّهُمَا رَجَّحَا عَدَمَ الِانْعِقَادِ.

وَابْنُ عَقِيلٍ صَحَّحَ الِانْعِقَادَ فِي بَابِ الْمُضَارَبَةِ، وَأَمَّا رَبُّ المَالِ فَعَلَيْهِ زَكَاةُ رَأْسِ مَالِهِ مَعَ حِصَّتِهِ مِنَ الرِّبْحِ، وَيَنْعَقِدُ الحَوْلُ عَلَيْهَا بِالظُّهُورِ، وَأَمَّا بَقِيَّةُ الرِّبْحِ فَلَا يَلْزَمُهُ زَكَاتُهُ، سَوَاءٌ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ الْعَامِلُ بِالظُّهُورِ أَوْ لَا فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ؛ لِأَنَّهُ إِنْ سَلِمَ فَهُوَ لِلْعَامِلِ، وَإِنْ تَلِفَ تَلِفَ عَلَيْهِمَا.

وَحَكَى أَبُو الخَطَّابِ عَنِ الْقَاضِي أَنَّهُ يَلْزَمُهُ زَكَاتُهُ إِذَا قُلْنَا: لَا يَمْلِكُهُ الْعَامِلُ بِدُونِ الْقِسْمَةِ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي مَسْأَلَةِ الْمُزَارَعَةِ، وَهُوَ ضَعِيفٌ.

وَمِنْهَا: لَـوِ اشْتَرَى الْعَامِلُ بَعْـدَ ظُهُـورِ الرِّبْحِ مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ بِالْمِلْكِ فَفِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْبِنَاءُ عَلَى الْمِلْكِ بِالظُّهُورِ وَعَدَمِهِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ بِهِ عَتَقَ عَلَيْهِ، وَإِلَّا فَلَا، وَكَذَلِكَ قَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَابْنُهُ أَبُو الْحُسَيْنِ وَأَبُو الْفَتْحِ الْحُلْوَانِيُّ.

وَالطَّرِيقُ الثَّانِي: إِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ بِالظُّهُورِ؛ لَمْ يُعْتَقْ، وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ بِهِ؛ فَوَجْهَانِ، كَذَا قَالَ جَمَاعَةٌ، مِنْهُمْ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ:

أَحَدُهُمَا: يُعْتَقُ عَلَيْهِ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي وَأَبِي الْخَطَّابِ، وَأَوْمَأَ إِلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ.

وَالثَّانِي: لَا يُعْتَقُ؛ لِعَدَمِ اسْتِقْرَارِ الْمِلْكِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ فِي التَّنْبِيهِ؛ فَإِنَّ الْمِلْكَ فِيهِ غَيْرُ تَامٍّ، وَلِهَذَا لَا يُجْزِئُ فِي حَوْلِ الزَّكَاةِ كَمَا سَبَقَ، وَالْعِتْقُ يَسْتَدْعِي مِلْكًا، بِدَلِيلِ أَنَّ الْمُكَاتَبَ لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ ذُو رَحِمِهِ بِمِلْكِهِ.

وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ؛ فَإِنَّ الْعِتْقَ يَسْرِي إِلَى مِلْكِ الْأَجْنَبِيِّ الْمَحْضِ، وَلَا يَمْنَعُهُ الدَّيْنُ، بِخِلَافِ الزَّكَاةِ، وَالْمُكَاتَبُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ، وَلِهَذَا لَوْ بَاشَرَ الْعِتْقَ بِنَفْسِهِ لَمْ يَنْفُذْ، فَكَذَا بِالْمِلْكِ وَأَوْلَى.

وَعَلَى هَذَا إِذَا اشْتَرَى رَحِمَهُ بَعْدَ ظُهُورِ الرِّبْحِ عَتَقَ عَلَيْهِ مِنْهُ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ مُوسِرًا سَرَى عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ بِالشِّرَاءِ، وَهُوَ مَا فَعَلَهُ بِاخْتِيَارِهِ، وَلَوِ اشْتَرَى قَبْلَ ظُهُورِ الرِّبْحِ، ثُمَّ ظَهَرَ الرِّبْحُ بِارْتِفَاعِ الْأَسْوَاقِ، وَقُلْنَا: يَمْلِكُ بِهِ؛ عَتَقَ عَلَيْهِ نَصِيبُهُ وَلَمْ يَسْرِ؛ إِذْ لَا اخْتِيَارَ لَهُ فِي ارْتِفَاعِ الْأَسْوَاقِ، وَذَكَرَهُ فِي التَّلْخِيصِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَطِئَ الْعَامِلُ أَمَةً مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ بَعْدَ ظُهُورِ الرِّبْحِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ بِالظُّهُورِ؛ فَالْوَلَدُ حُرٌّ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ الْأَمَةِ وَتَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ظَهَرَ رِبْحٌ لَمْ يَثْبُتْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ، وَهَلْ عَلَيْهِ الجَلْدُ إِنْ لَمْ يَكُنْ ظَهَرَ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: لَا حَدَّ عَلَيْهِ وَيُعَزَّرُ، وَنَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ، وَاخْتَارَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِي؛ لِأَنَّ الرِّبْحَ مَبْنِيٌّ عَلَى التَّقْوِيمِ، وَهُوَ أَمْرٌ اجْتِهَادِيٌّ لَا يُقْطَعُ بِهِ.

وَالثَّانِي: عَلَيْهِ الحَدُّ، قَالَهُ الْقَاضِي لِانْتِفَاءِ المِلْكِ وَشُبْهَتِهِ.

وَمِنْهَا: لَوِ اشْتَرَى الْعَامِلُ لِنَفْسِهِ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ، فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ رِبْحٌ صَحَّ.

نَصَّ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ لِغَيْرِهِ، وَكَذَلِكَ إِنْ ظَهَرَ رِبْحٌ، وَقُلْنَا: لَا يَمْلِكُهُ بِالظُّهُورِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ بِهِ فَهُوَ كَشِرَاءِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ، وَالمَذْهَبُ أَنَّهُ يَبْطُلُ فِي قَدْرِ حَقِّهِ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ، فَلَا يَصِحُّ شِرَاؤُهُ لَهُ.

وَفِي الْبَاقِي رِوَايَتَانِ: تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ، وَخَرَّجَ أَبُو الخَطَّابِ رِوَايَةً بِصِحَّتِهِ فِي الْكُلِّ مِنَ الرِّوَايَةِ الَّتِي يُخَيَّرُ فِيهَا لِرَبِّ المَالِ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ لِنَفْسِهِ؛ لِأَنَّ عِلَاقَةَ حَقِّ الْمُضَارِبِ بِهِ صَيَّرَتْهُ كَالْمُنْفَرِدِ عَنْ مِلْكِهِ، فَكَذَا الْمُضَارِبُ مَعَ رَبِّ المَالِ وَأَوْلَى.

وَمِنْهَا: لَوِ اشْتَرَى الْعَامِلُ شِقْصًا لِلْمُضَارَبَةِ، وَلَهُ فِيهِ شَرِكَةٌ، فَهَلْ لَهُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ؟

فِيهِ طَرِيقَانِ: أَحَدُهُمَا: مَا قَالَ أَبُو الخَطَّابِ وَمَنْ تَابَعَهُ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَمْلِكُ الْأَخْذَ، وَاخْتَارَهُ فِي رُءُوسِ الْمَسَائِلِ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ لِرَبِّ المَالِ، فَامْتَنَعَ أَخْذُهُ كَمَا يُمْنَعُ شِرَاءُ الْوَصِيِّ وَالْوَكِيلِ فِيمَا يَتَوَالَيَانِ بَيْعَهُ.

وَالثَّانِي: لَهُ الْأَخْذُ، وَخَرَّجَهُ مِنْ وُجُوبِ الزَّكَاةِ عَلَيْهِ فِي حِصَّتِهِ، فَإِنَّهُ يَصِيرُ حِينَئِذٍ شَرِيكًا يَتَصَرَّفُ لِنَفْسِهِ وَشَرِيكِهِ، وَمَعَ تَصَرُّفِهِ لِنَفْسِهِ تَزُولُ التُّهْمَةُ؛ وَلِأَنَّهُ يَأْخُذُ مِثْلَ الثَّمَنِ المَأْخُوذِ بِهِ فَلَا تُهْمَةَ، بِخِلَافِ شِرَاءِ الْوَصِيِّ وَالْوَكِيلِ، وَعَلَى هَذَا فَالمَسْأَلَةُ مُقَيَّدَةٌ بِحَالَةِ ظُهُورِ الرِّبْحِ وَلَا بُدَّ.

وَالطَّرِيقَةُ الثَّانِيَةُ: مَا قَالَ صَاحِبُ المُغْنِي: إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي المَالِ رِبْحٌ أَوْ كَانَ، وَقُلْنَا: لَا يَمْلِكُهُ بِالظُّهُورِ، فَلَهُ الْأَخْذُ؛ لِأَنَّ المِلْكَ لِغَيْرِهِ، فَكَذَلِكَ الْأَخْذُ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ رِبْحٌ، وَقُلْنَا: يَمْلِكُهُ بِالظُّهُورِ؛ فَفِيهِ الْوَجْهَانِ؛ بِنَاءً عَلَى شِرَاءِ الْعَامِلِ مِنْ مَالِ المُضَارَبَةِ بَعْدَ مِلْكِهِ مِنَ الرِّبْحِ، عَلَى مَا سَبَقَ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَسْقَطَ الْعَامِلُ حَقَّهُ مِنَ الرِّبْحِ بَعْدَ ظُهُورِهِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ بِالظُّهُورِ؛ لَمْ يَسْقُطْ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُهُ بِدُونِ الْقِسْمَةِ؛ فَوَجْهَانِ، وَقَدْ سَبَقَتْ فِي الْقَوَاعِدِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَارَضَ المَرِيضُ، وَسَمَّى لِلْعَامِلِ فَوْقَ تَسْمِيَةِ المِثْلِ، قَالَ الْقَاضِي وَالْأَصْحَابُ: يَجُوزُ، وَلَا يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُؤْخَذُ مِنْ مَالِهِ، وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّهُ بِعَمَلِهِ مِنَ الرِّبْحِ الحَادِثِ، وَيَحْدُثُ عَلَى مِلْكِ الْعَامِلِ دُونَ المَالِكِ، وَهَذَا إِنَّمَا يَتَوَجَّهُ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ يَمْلِكُهُ بِالظُّهُورِ.

وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُهُ بِدُونِ الْقِسْمَةِ؛ احْتَمَلَ أَنْ يُحْسَبَ مِنَ الثُّلُثِ؛ لِأَنَّهُ خَارِجٌ

حِينَئِذٍ مِنْ مِلْكِهِ، وَاحْتَمَلَ أَنْ لَا يُحْسَبَ مِنْهُ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِمْ؛ لِأَنَّ المَالَ الحَاصِلَ لَمْ يُفَوِّتْ عَلَيْهِمْ مِنْهُ شَيْئًا، وَإِنَّمَا زَادَهُمْ فِيهِ رِبْحًا.

▪ **التَّاسِعَةُ**: المَوْقُوفُ عَلَيْهِ هَلْ يَمْلِكُ رَقَبَةَ الْوَقْفِ أَمْ لَا؟ فِي المَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ مَعْرُوفَتَانِ:

أَشْهَرُهُمَا: أَنَّهُ مِلْكٌ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ.

وَالثَّانِيَةُ: لَا، فَعَلَى هَذِهِ هَلْ هُوَ مِلْكٌ لِلْوَاقِفِ أَوْ للهِ تَعَالَى؟ فِيهِ خِلَافٌ أَيْضًا.

وَيَتَنَزَّلُ عَلَى هَذَا الِاخْتِلَافِ مَسَائِلُ:

مِنْهَا: زَكَاةُ الْوَقْفِ إِذَا كَانَ مَاشِيَةً مَوْقُوفَةً عَلَى مُعَيَّنٍ، فَهَلْ يَجِبُ زَكَاتُهَا؟فِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: بِنَاؤُهُ عَلَى هَذَا الخِلَافِ، فَإِنْ قُلْنَا: هُوَ مِلْكٌ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ فَعَلَيْهِ زَكَاتُهَا، وَإِنْ قُلْنَا: مِلْكٌ للهِ، فَلَا زَكَاةَ، وَهَذِهِ طَرِيقَةُ المُحَرَّرِ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا وَعَلِيِّ بْنِ سَعِيدٍ.

وَعَلَى هَذَا فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ الْوَاقِفُ فَعَلَيْهِ زَكَاتُهُ، وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّ مَنْ وَقَفَ عَلَى أَقَارِبِهِ فَإِنَّ الزَّكَاةَ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ مَنْ وَقَفَ عَلَى المَسَاكِينِ.

وَالطَّرِيقَةُ الثَّانِيَةُ: لَا زَكَاةَ فِيهِ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ، قَالَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ لِقُصُورِ المِلْكِ فِيهِ.

فَأَمَّا الشَّجَرُ المَوْقُوفُ فَتَجِبُ الزَّكَاةُ فِي ثَمَرِهِ عَلَى المَوْقُوفِ عَلَيْهِ وَجْهًا وَاحِدًا؛ لِأَنَّ ثَمَرَهُ مِلْكٌ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ.

وَقَالَ الشِّيرَازِيُّ: لَا زَكَاةَ فِيهِ مُطْلَقًا، وَنَقَلَهُ غَيْرُهُ رِوَايَةً.

وَمِنْهَا: لَوْ جَنَى الْوَقْفُ فَأَرْشُ جِنَايَتِهِ عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ إِذَا قِيلَ: إِنَّهُ مَالِكُهُ؛ لِأَنَّهُ امْتَنَعَ مِنْ تَسْلِيمِهِ، فَيَلْزَمُهُ فِدَاؤُهُ، وَإِنْ قِيلَ: هُوَ مِلْكٌ للهِ فَالْأَرْشُ مِنْ كَسْبِ الْعَبْدِ، وَقِيلَ: بَلْ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، وَفِيهِ وَجْهٌ لَا يَلْزَمُ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِ الْأَرْشُ، عَلَى قَوْلَيْنِ؛ لِأَنَّ امْتِنَاعَهُ مِنَ التَّسْلِيمِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ؛ إِذْ لَا قُدْرَةَ لَهُ عَلَيْهِ عَلَى التَّسْلِيمِ بِحَالٍ.

وَمِنْهَا: إِذَا كَانَ الْوَقْفُ أَمَةً، فَوِلَايَةُ تَزْوِيجِهَا لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ إِنْ قِيلَ: إِنَّهُ يَمْلِكُهَا، وَإِنْ قِيلَ: هِيَ مِلْكٌ للهِ؛ فَالْوِلَايَةُ لِلْحَاكِمِ، فَيُزَوِّجُهَا بِإِذْنِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ، وَإِنْ قِيلَ: هِيَ مِلْكُ الْوَاقِفِ؛ فَهُوَ أَوْلَى.

وَمِنْهَا: نَظَرُ الْوَاقِفِ إِذَا لَمْ يُشْتَرَطْ لَهُ نَاظِرٌ، فَعَلَى الْقَوْلِ بِمِلْكِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ، لَهُ النَّظَرَ فِيهِ، وَعَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ مِلْكٌ للهِ؛ نَظَرُهُ لِلْحَاكِمِ.

وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّ نَظَرَهُ لِلْحَاكِمِ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ أَبِي مُوسَى، قَالَ الحَارِثِيُّ: وَعِنْدِي أَنَّ هَذَا الْقَوْلَ لَا يَخْتَصُّ بِالْقَوْلِ بِانْتِفَاءِ مِلْكِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ، بَلْ يَنْظُرُ فِيهِ الحَاكِمُ، وَإِنْ قُلْنَا: لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ لِعِلَاقَةِ حَقِّ مَنْ يَأْتِي بَعْدَهُ.

وَمِنْهَا: هَلْ يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ وَبِشَرِكَةِ الْوَقْفِ؟ فِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْبِنَاءُ عَلَى أَنَّهُ هَلْ يَمْلِكُ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِ؟ فَإِنْ قِيلَ: بِمِلْكِهِ؛ اسْتَحَقَّ بِهِ الشُّفْعَةَ، وَإِلَّا فَلَا.

وَالثَّانِي: الْوَجْهَانِ؛ بِنَاءً عَلَى قَوْلِنَا: يَمْلِكُهُ، وَهَذَا مَا قَالَ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ قَاصِرٌ.

وَهَذَا كُلُّهُ مُتَفَرِّعٌ عَلَى المَذْهَبِ فِي جَوَازِ قِسْمَةِ الْوَقْفِ مِنَ المُعَلَّقِ، أَمَّا عَلَى الْوَجْهِ الآخَرِ بِمَنْعِ الْقِسْمَةِ فَلَا شُفْعَةَ؛ إِذْ لَا شُفْعَةَ فِي ظَاهِرِ المَذْهَبِ إِلَّا فِيمَا يَقْبَلُ الْقِسْمَةَ مِنَ الْعَقَارِ، وَكَذَلِكَ بَنَى صَاحِبُ التَّلْخِيصِ الْوَجْهَيْنِ هُنَا عَلَى الخِلَافِ فِي قَبُولِ الْقِسْمَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ زَرَعَ الْغَاصِبُ فِي أَرْضِ الْوَقْفِ، فَهَلْ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ تَمَلُّكُهُ بِالنَّفَقَةِ؟

إِنْ قِيلَ: هُوَ المَالِكُ؛ فَلَهُ ذَلِكَ، وَإِلَّا فَهُوَ كَالمُسْتَأْجِرِ وَمَالِكِ المَنْفَعَةِ، فَفِيهِ تَرَدُّدٌ سَبَقَ ذِكْرُهُ فِي الْقَوَاعِدِ.

وَمِنْهَا: نَفَقَةُ الْوَقْفِ، وَهِيَ فِي غَلَّتِهِ مَا لَمْ يَشْرِطْ مِنْ غَيْرِهَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَلَّةٌ فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: نَفَقَتُهُ عَلَى المَوْقُوفِ عَلَيْهِ.

وَالثَّانِي: هِيَ فِي بَيْتِ المَالِ، فَقِيلَ: هُمَا مَبْنِيَّانِ عَلَى انْتِقَالِ المِلْكِ وَعَدَمِهِ، وَقَدْ يُقَالُ بِالْوُجُوبِ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ المِلْكُ لِغَيْرِهِ كَمَا نَقُولُ بِوُجُوبِهَا عَلَى المُوصَى لَهُ بِالمَنْفَعَةِ عَلَى وَجْهٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ فَضَّلَ بَعْضَ وَلَدِهِ عَلَى بَعْضٍ فِي الْوَقْفِ، فَالمَنْصُوصُ الجَوَازُ، بِخِلَافِ الهِبَةِ، فَقِيلَ: هُوَ بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ المِلْكَ لَا يَنْتَقِلُ إِلَى المَوْقُوفِ عَلَيْهِ، فَإِنْ قُلْنَا بِانْتِقَالِهِ لَمْ يَجُزْ كَالهِبَةِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الخَطَّابِ وَغَيْرِهِ، وَقِيلَ: بَلْ يَجُوزُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَخُصَّهُ بِالمِلْكِ، بَلْ جَعَلَهُ مِلْكًا لِجِهَةٍ مُتَّصِلَةٍ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ، وَجَعَلَ الْوَلَدَ بَعْضَ تِلْكَ الجِهَةِ.

وَشَبِيهٌ بِهَذَا وَقْفُ المَرِيضِ عَلَى وَارِثِهِ، هَلْ يَقِفُ عَلَى الْإِجَازَةِ كَهِبَةٍ أَمْ يَنْفُذُ مِنَ الثُّلُثِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ تَخْصِيصًا لِلْوَارِثِ، بَلْ تَمَلُّكٌ لِجِهَةٍ مُتَّصِلَةٍ، فَالْوَارِثُ بَعْضُ أَفْرَادِهِ؟ وَفِيهِ رِوَايَتَانِ.

وَمِنْهَا: الْوَقْفُ عَلَى نَفْسِهِ، وَفِي صِحَّتِهِ رِوَايَتَانِ، وَبَنَاهُمَا أَبُو الخَطَّابِ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ، فَإِنْ قُلْنَا: الْوَقْفُ مِلْكٌ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ؛ لَمْ يَصِحَّ وَقْفُهُ عَلَى نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَنْ يُزِيلَ الْإِنْسَانُ مِلْكَ نَفْسِهِ إِلَى نَفْسِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: للهِ تَعَالَى؛ صَحَّ.

وَمِنْهَا: الْوَقْفُ الْمُنْقَطِعُ هَلْ يَعُودُ إِلَى وَرَثَةِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ أَوْ إِلَى وَرَثَةِ الْوَاقِفِ؟

فِيهِ رِوَايَتَانِ، وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ وَغَيْرِهِ أَنَّهُ يَعُودُ إِلَى وَرَثَةِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ، وَظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّهُ يَعُودُ إِلَيْهِمْ إِرْثًا لَا وَقْفًا، وَبِهِ جَزَمَ الخَلَّالُ فِي الجَامِعِ وَابْنُ أَبِي مُوسَى.

وَهَذَا مُنَزَّلٌ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ مِلْكٌ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ، كَمَا صَرَّحَ بِهِ أَبُو الخَطَّابِ وَغَيْرُهُ، وَيَشْهَدُ لَهُ أَنَّ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ شَبَّهَ الْوَقْفَ بِالْعُمْرَى وَالرُّقْبَى، وَجَعَلَهَا لِوَرَثَةِ المَوْقُوفِ عَلَيْهِ كَمَا تَرْجِعُ الْعُمْرَى وَالرُّقْبَى إِلَى وَرَثَةِ الْمُعْطَى.

وَجَعَلَ الخَلَّالُ حُكْمَ الْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ وَالرُّقْبَى وَاحِدًا.

وَأَنْكَرَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ هَذَا الْبِنَاءَ، وَادَّعَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَرْجِعُ وَقْفًا عَلَى الْوَرَثَةِ، فَلَا يَلْزَمُ مِلْكَ المَوْقُوفِ عَلَيْهِ، وَهَذَا مُخَالِفٌ لِنَصِّ أَحْمَدَ لِمَنْ تَأَمَّلَهُ، نَعَمْ، وَفَرَّقَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ بَيْنَ الْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ وَبَيْنَ الْعُمْرَى بِأَنَّ الْعُمْرَى مِلْكٌ لِلْمُعْمَرِ، وَالْوَقْفَ لَيْسَ يَمْلِكُ بِهِ شَيْئًا، إِنَّمَا هُوَ لِمَنْ أَوْقَفَهُ يَضَعُهُ حَيْثُ شَاءَ، مِثْلُ

السُّكْنَى، فَهَذِهِ الرِّوَايَةُ تَدُلُّ عَلَى أَنَّ المَوْقُوفَ عَلَيْهِ لَا يَمْلِكُ سِوَى مَنْفَعَةِ الرَّقَبَةِ، وَأَنَّ الرَّقَبَةَ مِلْكٌ لِلْوَاقِفِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَطِئَ المَوْقُوفُ عَلَيْهِ الْأَمَةَ المَوْقُوفَةَ فَأَوْلَدَهَا فَلَا حَدَّ؛ لِأَنَّهَا إِمَّا مِلْكٌ لَهُ أَوْ لَهُ فِيهَا شُبْهَةُ مِلْكٍ، وَهَلْ تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ؟

إِنْ قُلْنَا: هِيَ مِلْكٌ لَهُ؛ صَارَتْ مُسْتَوْلَدَةً لَهُ فَتُعْتَقُ بِمَوْتِهِ، وَيُؤْخَذُ قِيمَتُهَا مِنْ تَرِكَتِهِ يُشْتَرَى بِهَا رَقَبَةٌ مَكَانَهَا تَكُونُ وَقْفًا، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُهَا؛ لَا تَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً لَهُ، وَهِيَ وَقْفٌ بِحَالِهَا.

وَمِنْهَا: لَوْ تَزَوَّجَ المَوْقُوفُ عَلَيْهِ الْأَمَةَ المَوْقُوفَةَ، فَإِنْ قِيلَ: هِيَ مِلْكٌ لَهُ؛ لَمْ يَصِحَّ، وَإِلَّا صَحَّ، ذَكَرَهُ صَاحِبُ التَّلْخِيصِ وَغَيْرُهُ، وَفِيهِ نَظَرٌ، فَإِنَّهُ يَمْلِكُ مَنْفَعَةَ الْبُضْعِ عَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ، وَلِهَذَا يَكُونُ المَهْرُ لَهُ.

▪ **الْعَاشِرَةُ**: إِجَازَةُ الْوَرَثَةِ، هَلْ هِيَ تَنْفِيذٌ لِلْوَصِيَّةِ أَوِ ابْتِدَاءُ عَطِيَّةٍ؟

فِي المَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ مَعْرُوفَتَانِ، أَشْهَرُهُمَا أَنَّهَا تَنْفِيذٌ، وَهَذَا الخِلَافُ قِيلَ: إِنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالزَّائِدِ عَلَى الثُّلُثِ، هَلْ هُوَ بَاطِلٌ أَوْ مَوْقُوفٌ عَلَى الْإِجَازَةِ؟

وَقِيلَ: بَلْ هَذَا الخِلَافُ مَبْنِيٌّ عَلَى الْقَوْلِ بِالْوَقْفِ، أَمَّا عَلَى الْبُطْلَانِ فَلَا وَجْهَ لِلتَّنْفِيذِ، وَهُوَ أَشْبَهُ.

قَرَّرَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أَنَّ الْوَارِثَ إِذَا اسْتَثْنَى حَقَّهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَإِنَّهُ يَسْقُطُ، وَطَرَدَ هَذَا فِي الْأَعْيَانِ المُشَاعَةِ، كَالْغَانِمِ إِذَا اسْتَثْنَى حَقَّهُ مِنَ الْغَنِيمَةِ، وَالمَوْقُوفِ عَلَيْهِ إِذَا أَسْقَطَ حَقَّهُ مِنَ الْوَقْفِ، وَالمُضَارِبِ إِذَا أَسْقَطَ حَقَّهُ مِنَ الرِّبْحِ، وَأَحَدِ الزَّوْجَيْنِ

إِذَا عَفَا عَنْ حَقِّهِ مِنَ المَهْرِ إِذَا كَانَ عَيْنًا، وَأَلحَقَ المُشَاعَ بِالدُّيُونِ فِي جَوَازِ إِسْقَاطِهِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ.

وَلِهَذَا الخِلَافِ فَوَائِدُ عَدِيدَةٌ:

مِنْهَا: أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ لَهَا شُرُوطُ الهِبَةِ مِنَ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَالْقَبْضِ، فَيَصِحُّ بِقَوْلِهِ: أَجَزْتُ وَأَنْفَذْتُ، وَنَحْوَ ذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَقْبَلِ المُوصَى لَهُ فِي المَجْلِسِ.

وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ هِبَةٌ افْتَقَرَتْ إِلَى إِيجَابٍ وَقَبُولٍ، ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ، وَكَلَامُ الْقَاضِي يَقْتَضِي أَنَّ فِي صِحَّتِهَا بِلَفْظِ الْإِجَازَةِ إِذَا قُلْنَا هِيَ هِبَةٌ؛ وَجْهَيْنِ.

قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: وَالصِّحَّةُ ظَاهِرُ المَذْهَبِ، وَهَلْ نَعْتَبِرُ أَنْ يَكُونَ المُجَازُ مَعْلُومًا لِلْمُجِيزِ؟

فَفِي الخِلَافِ لِلْقَاضِي وَالمُحَرَّرِ هُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى هَذَا الخِلَافِ، وَصَرَّحَ بَعْدَ ذَلِكَ صَاحِبُ المُحَرَّرِ بِأَنَّهُ لَوْ أَجَازَ قَدْرًا مَنْسُوبًا مِنَ المَالِ، ثُمَّ قَالَ: ظَنَنْتُ المَالَ قَلِيلًا لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ، وَلَا تَنَافِيَ بَيْنَهُمَا لِوَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ صِحَّةَ إِجَازَةِ المَجْهُولِ لَا يُنَافِي ثُبُوتَ الرُّجُوعِ إِذَا تَبَيَّنَ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى المُجِيزِ لَمْ يَعْلَمْهُ اسْتِدْرَاكًا لِظُلَامَتِهِ، كَمَا تَقُولُ فِيمَنْ أَسْقَطَ شُفْعَتَهُ لِمَعْنًى، ثُمَّ بَانَ بِخِلَافِهِ، فَإِنَّ لَهُ الْعَوْدَ إِلَيْهَا، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا إِذَا أَجَازَ الجُزْءَ المُوصَى بِهِ يَظُنُّهُ قَلِيلًا فَبَانَ كَثِيرًا فَلَهُ الرُّجُوعُ بِمَا زَادَ عَلَى مَا فِي ظَنِّهِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ إِذَا اعْتَقَدَ أَنَّ النِّصْفَ المُوصَى بِهِ مَثَلًا مِائَةٌ وَخَمْسُونَ دِرْهَمًا، فَبَانَ أَلْفًا، فَهُوَ إِنَّمَا أَجَازَ مِائَةً وَخَمْسِينَ دِرْهَمًا، وَلَمْ يُجِزْ أَكْثَرَ مِنْهَا، فَلَا تَنْفُذُ إِجَازَتُهُ فِي غَيْرِهَا.

وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَجَازَ النِّصْفَ كَائِنًا مَا كَانَ؛ فَإِنَّهُ يَصِحُّ وَيَكُونُ إِسْقَاطًا لِحَقِّهِ مِنْ مَجْهُولٍ، فَيَنْفُذُ كَالْإِبْرَاءِ.

وَطَرِيقَةُ صَاحِبِ الْمُغْنِي أَنَّ الْإِجَازَةَ لَا تَصِحُّ بِالْمَجْهُولِ، وَلَكِنْ هَلْ يُصَدَّقُ فِي دَعْوَى الْجَهَالَةِ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ: إِنْ قُلْنَا: الْإِجَازَةُ تَنْفِيذٌ؛ صَحَّتْ بِالْمَجْهُولِ وَلَا رُجُوعَ، وَإِنْ قُلْنَا: هِبَةٌ؛ فَوَجْهَانِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَقَفَ عَلَى وَارِثِهِ فَأَجَازَهُ، فَإِنْ قُلْنَا: الْإِجَازَةُ تَنْفِيذٌ؛ صَحَّتْ بِالْمَجْهُولِ، وَلَا رُجُوعَ، وَإِنْ قُلْنَا: هِبَةٌ؛ فَوَجْهَانِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَقَفَ عَلَى وَارِثِهِ فَأَجَازَهُ فَإِنْ قُلْنَا: الْإِجَازَةُ تَنْفِيذٌ؛ صَحَّ الْوَقْفُ وَلَزِمَ، وَإِنْ قُلْنَا: هِبَةٌ؛ فَهُوَ كَوَقْفِ الْإِنْسَانِ عَلَى نَفْسِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا كَانَ الْمُجَازُ عِتْقًا فَإِنْ قُلْنَا: الْإِجَازَةُ تَنْفِيذٌ؛ فَالْوِلَايَةُ لِلْمُوصِي تَخْتَصُّ بِهِ عَصَبَتُهُ، وَإِنْ قُلْنَا: عَطِيَّةٌ؛ فَالْوَلَاءُ لِمَنْ أَجَازَ وَإِنْ كَانَ أُنْثَى.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ الْمُجِيزُ أَبًا لِلْمُجَازِ لَهُ، كَمَنْ أَوْصَى لِوَلَدِ وَلَدِهِ فَأَجَازَهُ وَلَدُهُ، فَلَيْسَ لِلْمُجِيزِ الرُّجُوعُ فِيهِ إِنْ قُلْنَا: هُوَ تَنْفِيذٌ، وَإِنْ قُلْنَا: عَطِيَّةٌ؛ فَلَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وَهَبَ لِوَلَدِهِ مَالًا.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَهَبُ فَأَجَازَ، فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ عَطِيَّةٌ؛ حَنِثَ، وَإِلَّا فَلَا.

وَمِنْهَا: لَوْ قَبِلَ الْوَصِيَّةَ الْمُفْتَقِرَةَ إِلَى الْإِجَازَةِ قَبْلَ الْإِجَازَةِ، ثُمَّ أُجِيزَتْ، فَإِنْ قُلْنَا: الْإِجَازَةُ تَنْفِيذٌ؛ فَالْمِلْكُ ثَابِتٌ لَهُ مِنْ حِينِ قَبُولِهِ أَوَّلًا، وَإِنْ قُلْنَا: عَطِيَّةٌ؛ لَمْ يَثْبُتِ الْمِلْكُ إِلَّا بَعْدَ الْإِجَازَةِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَمِنْهَا: أَنَّ مَا جَاوَزَ الثُّلُثَ مِنَ الْوَصَايَا إِذَا أُجِيزَ، هَلْ يُزَاحَمُ بِالزَّائِدِ مَا لَمْ يُجَاوِزْهُ؟

وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى هَذَا الخِلَافِ، ذَكَرَهُ صَاحِبُ المُحَرَّرِ، وَأَشْكَلَ تَوْجِيهُهُ عَلَى الْأَصْحَابِ، وَهُوَ وَاضِحٌ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَتْ مَعَنَا وَصِيَّتَانِ، إِحْدَاهُمَا مُجَاوِزَةٌ لِلثُّلُثِ، وَالْأُخْرَى لَا تُجَاوِزُهُ، كَنِصْفٍ وَثُلُثٍ، وَأَجَازَ الْوَرَثَةُ الْوَصِيَّةَ المُجَاوِزَةَ لِلثُّلُثِ خَاصَّةً، فَإِنْ قُلْنَا: الْإِجَازَةُ تَنْفِيذٌ؛ يُزَاحِمُ صَاحِبُ النِّصْفِ صَاحِبَ الثُّلُثِ بِنِصْفٍ كَامِلٍ، فَيُقْسَمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى خَمْسَةٍ؛ لِصَاحِبِ النِّصْفِ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهِ، وَالْآخَرُ خُمُسَاهُ، ثُمَّ تُكْمَلُ لِصَاحِبِ النِّصْفِ نِصْفَهُ بِالْإِجَازَةِ.

وَإِنْ قُلْنَا: الْإِجَازَةُ عَطِيَّةٌ؛ فَإِنَّمَا يُزَاحِمُ بِثُلُثٍ خَاصٍّ؛ إِذِ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ عَطِيَّةٌ مَحْضَةٌ مِنَ الْوَرَثَةِ، لَمْ تُتَلَقَّ مِنَ المَيِّتِ، فَلَا يُزَاحِمُ بِهَا الْوَصَايَا، فَيَنْقَسِمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى نِصْفَيْنِ، ثُمَّ يُكْمَلُ لِصَاحِبِ النِّصْفِ ثُلُثُهُ بِالْإِجَازَةِ.

وَهَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْقَوْلَ بِأَنَّ الْإِجَازَةَ عَطِيَّةٌ أَوْ تَنْفِيذٌ، فَيُفَرَّعُ عَلَى الْقَوْلِ بِإِبْطَالِ الْوَصِيَّةِ بِالزَّائِدِ عَلَى الثُّلُثِ وَصِحَّتِهَا كَمَا سَبَقَ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَجَازَ المَرِيضُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ وَصِيَّةَ مَوْرُوثِهِ، فَإِنْ قُلْنَا: إِجَازَتُهُ عَطِيَّةٌ؛ فَهِيَ مُعْتَبَرَةٌ مِنْ ثُلُثِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: تَنْفِيذٌ، فَطَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْقَطْعُ بِأَنَّهَا مِنَ الثُّلُثِ أَيْضًا، كَذَلِكَ قَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَصَاحِبُ المُحَرَّرِ وَشَبَّهَهُ بِالصَّحِيحِ إِذَا حَابَى فِي بَيْعٍ لَهُ فِيهِ خِيَارٌ، ثُمَّ مَرِضَ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ، فَإِنَّهُ تَصِيرُ مُحَابَاتُهُ مِنَ الثُّلُثِ؛ لِأَنَّهُ تَمَكَّنَ مِنِ اسْتِرْدَادِ مَالِهِ إِلَيْهِ فَلَمْ يَفْعَلْ، فَقَامَ ذَلِكَ مَقَامَ ابْتِدَاءِ إِخْرَاجِهِ فِي المَرَضِ. وَنَظِيرُهُ لَوْ وَهَبَ لِوَلَدِهِ شَيْئًا،

ثُمَّ مَرِضَ وَهُوَ بِحَالِهِ وَلَمْ يَرْجِعْ فِيهِ.

وَالطَّرِيقُ الثَّانِي: أَنَّ المَسْأَلَـةَ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَهِـيَ طَرِيقَةُ أَبِي الخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ، وَهُمَا مُنَزَّلَانِ عَلَى أَصْلِ الخِلَافِ فِي حُكْمِ الْإِجَازَةِ، وَقَدْ يَتَنَزَّلَانِ عَلَى أَنَّ المِلْكَ هَلْ يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَرَثَةِ فِي المُوصَى بِهِ أَوْ يَمْنَعُ مِن الْوَصِيَّةِ لِلانْتِقَالِ؟

وَفِيهِ وَجْهَانِ؛ فَإِنْ قُلْنَا: يَنْتَقِلُ إِلَيْهِمْ فَالْإِجَازَةُ مِنَ الثُّلُثِ؛ لِأَنَّهُ إِخْرَاجُ مَالٍ مَمْلُوكٍ، وَإِلَّا فَهِيَ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ امْتِنَاعٌ مِنْ تَحْصِيلِ مَالٍ لَمْ يَدْخُلْ بَعْدُ فِي مِلْكِهِ، وَإِنَّمَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ مِلْكِهِ، بِخِلَافِ مُحَابَاةِ الصَّحِيحِ إذَا مَرِضَ، فَإِنَّ المَالَ كَانَ عَلَى مِلْكِهِ، وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى اسْتِرْجَاعِهِ.

وَمِنْهَا إجَازَةُ المُفْلِسِ، وَفِي المُغْنِي: هِيَ نَافِذَةٌ، وَهُوَ مُنَزَّلٌ عَلَى الْقَوْلِ بِالتَّنْفِيذِ، وَلَا يَبْعُدُ عَلَى الْقَاضِي فِي الَّتِي قَبْلَهَا أَنْ لَا يُنَفَّذَ. وَقَالَهُ صَاحِبُ المُغْنِي فِي الشُّفْعَةِ مُعَلِّلًا بِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ.

▪ **الحَادِيَةَ عَشْرَةَ**: المُوصَى لَهُ هَلْ يَمْلِكُ الْوَصِيَّةَ مِنْ حِينِ المَوْتِ أَمْ مِنْ حِينِ قَبُولِهِ لَـهَا؟

فِي المَسْأَلَةِ وَجْهَانِ مَعْرُوفَانِ. وَعَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ إِنَّمَا يَمْلِكُهَا مِنْ حِينِ قَبُولِهِ، فَهَلْ هِيَ قَبْلَهُ عَلَى مِلْكِ المَيِّتِ أَوْ عَلَى مِلْكِ الْوَرَثَةِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ أَيْضًا.

وَأَكْثَرُ الْأَصْحَابِ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ مِلْكٌ لِلْمُوصَى لَهُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ وَالخِرَقِيِّ، وَمَنْصُوصُ أَحْمَدَ، بَلْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي مَوَاضِعَ عَلَى أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ لَهُ الْقَبُولُ فَيَمْلِكُهُ قَهْرًا كَالمِيرَاثِ، وَهُوَ وَجْهٌ لِلْأَصْحَابِ حَكَاهُ غَيْرُ وَاحِدٍ.

وَلِهَذَا الِاخْتِلَافِ فَوَائِدُ عَدِيدَةٌ:

فَمِنْهَا: حُكْمُ نَمَائِهِ بَيْنَ المَوْتِ وَالْقَبُولِ، فَإِنْ قُلْنَا: هُوَ عَلَى مِلْكِ الْمُوصَى لَهُ؛ فَهُوَ لَا يُحْتَسَبُ عَلَيْهِ مِنَ الثُّلُثِ، وَإِنْ قُلْنَا: هُوَ عَلَى مِلْكِ الْمُوصِي؛ فَتَتَوَفَّرُ بِهِ التَّرِكَةُ فَيَزْدَادُ بِهِ الثُّلُثُ، وَإِنْ قُلْنَا: هُوَ عَلَى مِلْكِ الْوَرَثَةِ؛ فَنَمَاؤُهُ لَهُمْ خَاصَّةً.

وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ أَنَّ مِلْكَ الْمُوصَى لَهُ لَا يَتَقَدَّمُ الْقَبُولَ، وَأَنَّ النَّمَاءَ قَبْلَهُ لِلْوَرَثَةِ، مَعَ أَنَّ الْعَيْنَ بَاقِيَةٌ عَلَى حُكْمِ مِلْكِ الْمَيِّتِ، فَلَا يَتَوَفَّرُ الثُّلُثُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مِلْكًا لَهُ حِينَ الْوَفَاةِ.

وَذَكَرَ أَيْضًا إِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ مُرَاعًى وَإِنَّا نُبَيِّنُ بِقَبُولِ الْمُوصَى لَهُ مِلْكَهُ لَهُ مِنْ حِينِ المَوْتِ، فَإِنَّ النَّمَاءَ يَكُونُ لِلْمُوصَى لَهُ مُعْتَبَرًا مِنَ الثُّلُثِ، فَإِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ مَعَ الْأَصْلِ فَهُمَا لَهُ، وَإِلَّا كَانَ لَهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ مِنَ الْأَصْلِ، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ مِنَ الثُّلُثِ كَانَ لَهُ مِنَ النَّمَاءِ.

وَمِنْهَا: لَوْ نَقَصَ الْمُوصَى بِهِ فِي سِعْرٍ أَوْ صِفَةٍ فَفِي الْمُحَرَّرِ: إِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ بِالمَوْتِ؛ اعْتُبِرَتْ قِيمَتُهُ مِن التَّرِكَةِ بِسِعْرِهِ يَوْمَ المَوْتِ عَلَى أَدْنَى صِفَاتِهِ مِنْ يَوْمِ المَوْتِ إِلَى الْقَبُولِ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ حَصَلَتْ فِي مِلْكِهِ، فَلَا يُحْسَبُ عَلَيْهِ، وَالنَّقْصُ لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ، بَلْ هُوَ مِنْ ضَمَانِ التَّرِكَةِ.

وَلِهَذَا لَوْ تَلِفَتِ الْعَيْنُ أَوْ بَعْضُهَا لَبَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ فِي التَّالِفِ، وَأَمَّا نَقْصُ الْأَسْعَارِ فَلَا تُضْمَنُ عِنْدَنَا. وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ مِنْ حِينِ الْقَبُولِ وَاعْتُبِرَتْ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْقَبُولِ سِعْرًا وَصِفَةً؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ قَبْلَ ذَلِكَ.

وَالمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ، وَذَكَرَهُ الخِرَقِيُّ، أَنَّهُ يَعْتَبِرُ قِيمَتَهُ يَوْمَ الْوَصِيَّةِ، وَلَمْ يَحْكِ صَاحِبُ المُغْنِي فِيهِ خِلَافًا، فَظَاهِرُهُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ بِيَوْمِ المَوْتِ عَلَى الْوُجُوهِ كُلِّهَا؛ لِأَنَّ حَقَّهُ تَعَلَّقَ بِالمُوصَى لَهُ تَعْلِيقًا قَطَعَ تَصَرُّفَ الْوَرَثَةِ فِيهِ، فَيَكُونُ ضَمَانُهُ عَلَيْهِ كَالْعَبْدِ الجَانِي إِذَا أَخَّرَ المَجْنِيُّ عَلَيْهِ اسْتِيفَاءَ حَقِّهِ مِنْهُ حَتَّى تَلِفَ أَوْ نَقَصَ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ المُوصَى بِهِ أَمَةً فَوَطِئَهَا المُوصَى لَهُ قَبْلَ الْقَبُولِ وَبَعْدَ المَوْتِ، فَإِنْ قُلْنَا: المِلْكُ لَهُ؛ فَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ، وَإِلَّا فَلَا، وَلَوْ وَطِئَهَا الْوَارِثُ فَإِنْ قُلْنَا: المِلْكُ لَهُ؛ فَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ، وَيَلْزَمُهُ قِيمَتُهَا لِلْمُوصَى لَهُ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُهَا؛ لَمْ تَكُنْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى بِأَمَةٍ لِزَوْجِهَا فَلَمْ يَعْلَمْ حَتَّى أَوْلَدَهَا أَوْلَادًا، ثُمَّ قَبِلَ الْوَصِيَّةَ، فَإِنْ قِيلَ: يَمْلِكُهَا بِالمَوْتِ فَوَلَدُهُ حُرٌّ، وَالْأَمَةُ أُمُّ وَلَدِهِ، وَيَبْطُلُ نِكَاحُهُ بِالمَوْتِ، وَإِنْ قِيلَ: لَا يَمْلِكُهَا إِلَّا بَعْدَ الْقَبُولِ فَنِكَاحُهُ بَاقٍ قَبْلَ الْقَبُولِ، وَوَلَدُهُ رَقِيقٌ لِلْوَارِثِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِابْنِهِ فَمَاتَ المُوصَى لَهُ قَبْلَ الْقَبُولِ، وَقُلْنَا: يَقُومُ وَارِثُهُ مَقَامَهُ فِيهِ، فَقَبِلَ ابْنُهُ؛ صَحَّ وَعَتَقَ، وَهَلْ يَرِثُ مِنْ أَبِيهِ المَيِّتِ أَمْ لَا؟

إِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ بِالمَوْتِ؛ فَقَدْ عَتَقَ بِهِ، فَيَكُونُ حُرًّا عِنْدَ مَوْتِ أَبِيهِ، فَيَرِثُ مِنْهُ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّمَا يَمْلِكُهُ بَعْدَ الْقَبُولِ؛ فَهُوَ عِنْدَ مَوْتِ أَبِيهِ رَقِيقٌ، فَلَا يَرِثُ، وَلَوْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ بِمَالٍ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ فَإِنْ قُلْنَا: يَثْبُتُ المِلْكُ بِالمَوْتِ؛ فَهُوَ مِلْكٌ لِلْمَيِّتِ، فَيُوَفِّي مِنْهُ دُيُونَهُ وَوَصَايَاهُ.

وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ هُوَ مِلْكٌ لِلْوَارِثِ الَّذِي قَبِلَ، ذَكَرَهُ فِي الْمُحَرَّرِ، وَيَتَخَرَّجُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يَكُونُ مِلْكًا لِلْمُوصَى لَهُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ حَصَلَ لَهُ، فَكَيْفَ يَصِحُّ الْمِلْكُ ابْتِدَاءً لِغَيْرِهِ؟

وَلِهَذَا نَقُولُ عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ: إِنَّ الْمُكَاتَبَ إِذَا مَاتَ وَخَلَّفَ وَفَاءً أَنَّهُ يُؤَدِّي مِنْهُ بَقِيَّةَ مَالِ الْكِتَابَةِ، وَيَتَبَيَّنُ بِذَلِكَ مَوْتُهُ حُرًّا مَعَ أَنَّ الْحُرِّيَّةَ لَا تَثْبُتُ لِلْمُكَاتَبِ إِلَّا بَعْدَ الْأَدَاءِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِأَرْضٍ فَبَنَى الْوَارِثُ فِيهَا وَغَرَسَ قَبْلَ الْقَبُولِ، ثُمَّ قَبِلَ؛ فَفِي الْإِرْشَادِ: إِنْ كَانَ الْوَارِثُ عَالِمًا بِالْوَصِيَّةِ قَلَعَ بِنَاءَهُ وَغَرْسَهُ مَجَّانًا، وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا فَعَلَى وَجْهَيْنِ، وَهُوَ مُتَوَجِّهٌ عَلَى الْقَوْلِ بِالْمِلْكِ بِالْمَوْتِ، أَمَّا إِنْ قِيلَ: هِيَ قَبُولٌ قَبْلَ الْقَبُولِ عَلَى مِلْكِ الْوَارِثِ، فَهُوَ كَبِنَاءِ الْمُشْتَرِي الشِّقْصَ الْمَشْفُوعَ وَغَرْسِهِ، فَيَكُونُ مُحْتَرَمًا يُتَمَلَّكُ بِقِيمَتِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ بِيعَ شِقْصٌ فِي شَرِكَةِ الْوَرَثَةِ وَالْمُوصَى لَهُ قَبْلَ قَبُولِهِ، فَإِنْ قُلْنَا: الْمِلْكُ لَهُ مِنْ حِينِ الْمَوْتِ؛ فَهُوَ شَرِيكٌ لِلْوَرَثَةِ فِي الشُّفْعَةِ وَإِلَّا فَلَا حَقَّ فِيهَا.

وَمِنْهَا: جَرَيَانُهُ مِنْ حِينِ الْمَوْتِ فِي حَوْلِ الزَّكَاةِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهَا الْمُوصَى لَهُ؛ جَرَى فِي حَوْلِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: لِلْوَرَثَةِ؛ فَهَلْ يَجْرِي فِي حَوْلِهِمْ، حَتَّى لَوْ تَأَخَّرَ الْقَبُولُ سَنَةً، كَانَتْ زَكَاتُهُ عَلَيْهِمْ أَمْ لَا، لِضَعْفِ مِلْكِهِمْ فِيهِ وَتَزَلْزُلِهِ وَتَعَلُّقِ حَقِّ الْمُوصَى لَهُ بِهِ، فَهُوَ كَمَالِ الْمُكَاتَبِ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ.

■ **الثَّانِيَةَ عَشْرَةَ:** الدَّيْنُ هَلْ يَمْنَعُ انْتِقَالَ التَّرِكَةِ إِلَى الْوَرَثَةِ أَمْ لَا؟ فِي الْمَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ؛ أَشْهَرُهُمَا الِانْتِقَالُ، وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ وَالْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ.

قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: هِيَ الْمَذْهَبُ، وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ أَنَّ الْمُفْلِسَ إِذَا مَاتَ سَقَطَ حَقُّ الْبَائِعِ مِنْ عَيْنِ مَالِهِ؛ لِأَنَّ الْمَالَ انْتَقَلَ إِلَى وَرَثَتِهِ.

وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ: لَا يَنْتَقِلُ، نَقَلَهَا ابْنُ مَنْصُورٍ فِي رَجُلٍ مَاتَ وَتَرَكَ دَارًا وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، فَجَاءَ الْغُرَمَاءُ يَبْتَغُونَ الْمَالَ، وَقَالَ أَحَدُ بَنِيهِ: أَنَا أُعْطِي رُبُعَ الدَّيْنِ، وَدَعُوا لِي رُبُعَ الدَّارِ، قَالَ أَحْمَدُ: هَذِهِ الدَّارُ لِلْغُرَمَاءِ، لَا يَرِثُونَهَا، يَعْنِي الْأَوْلَادَ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ دُيُونِ اللهِ تَعَالَى وَدُيُونِ الْآدَمِيِّينَ، وَلَا بَيْنَ الدُّيُونِ الثَّابِتَةِ فِي الْحَيَاةِ وَالْمُتَجَدِّدَةِ بَعْدَ الْمَوْتِ لِسَبَبٍ مِنْهُ يَقْتَضِي الضَّمَانَ؛ كَحَفْرِ بِئْرٍ وَنَحْوِهِ، صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي.

وَهَلْ يُعْتَبَرُ كَوْنُ الدَّيْنِ مُحِيطًا بِالتَّرِكَةِ أَمْ لَا؟

ظَاهِرُ كَلَامِ طَائِفَةٍ اعْتِبَارُهُ، حَيْثُ فَرَضُوا الْمَسْأَلَةَ فِي الدَّيْنِ الْمُسْتَغْرِقِ، وَكَلَامُ أَبِي الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ كَالصَّرِيحِ فِي قِيمَتِهِ، وَمِنْهُمْ مَنْ صَرَّحَ بِالْمَنْعِ مِنْ الِانْتِقَالِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَغْرِقًا، ذَكَرَهُ فِي مَسَائِلِ الشُّفْعَةِ، وَعَلَى الْقَوْلِ بِالِانْتِقَالِ فَيَتَعَلَّقُ حَقُّ الْغُرَمَاءِ بِهَا جَمِيعًا، وَإِنْ لَمْ يَسْتَغْرِقْهَا الدَّيْنُ، صَرَّحَ بِهِ صَاحِبُ التَّرْغِيبِ.

وَهَلْ تَعَلُّقُ حَقِّهِمْ بِهَا تَعَلُّقُ رَهْنٍ أَوْ جِنَايَةٍ؟

فِيهِ خِلَافٌ يَتَحَرَّرُ بِتَحْرِيرِ مَسَائِلَ:

إِحْدَاهَا: هَلْ يَتَعَلَّقُ جَمِيعُ الدَّيْنِ بِالتَّرِكَةِ، وَبِكُلِّ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَائِهَا أَوْ يَتَقَسَّطُ؟

صَرَّحَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ بِالْأَوَّلِ إِنْ كَانَ الْوَارِثُ وَاحِدًا، وَإِنْ كَانَ مُتَعَدِّدًا انْقَسَمَ عَلَى قَدْرِ حُقُوقِهِمْ، وَتَعَلَّقَ بِحِصَّةِ كُلِّ وَارِثٍ مِنْهُمْ قِسْطُهَا مِنَ الدَّيْنِ، وَبِكُلِّ جُزْءٍ مِنْهَا كَالْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ إِذَا رَهَنَهُ الشَّرِيكَانِ بِدَيْنٍ عَلَيْهِمَا.

وَالثَّانِيَةُ: هَلْ يَمْنَعُ هَذَا التَّعَلُّقُ مِنْ نُفُوذِ التَّصَرُّفِ؟ وَسَنَذْكُرُهُ.

وَالثَّالِثَةَ: هَلْ يَتَعَلَّقُ الدَّيْنُ بِعَيْنِ التَّرِكَةِ مَعَ الذِّمَّةِ؟ فِيهِ لِلْأَصْحَابِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: يَنْتَقِلُ إِلَى ذِمَمِ الْوَرَثَةِ، قَالَهُ الْقَاضِي وَأَبُو الخَطَّابِ فِي خِلَافَيْهِمَا وَابْنُ عَقِيلٍ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَيَّدَهُ بِالْمُؤَجَّلِ، وَمِنْهُمْ مَنْ خَصَّهُ بِالْقَوْلِ بِانْتِقَالِ التَّرِكَةِ إِلَيْهِمْ.

وَالثَّانِي: هُوَ بَاقٍ فِي ذِمَّةِ المَيِّتِ. ذَكَرَهُ الْقَاضِي أَيْضًا وَالْآمِدِيُّ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي فُنُونِهِ، وَصَاحِبُ الْمُغْنِي، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ فِي ضَمَانِ دَيْنِ المَيِّتِ.

وَالثَّالِثُ: يَتَعَلَّقُ بِأَعْيَانِ التَّرِكَةِ فَقَطْ، قَالَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى، وَرُدَّ بِلُزُومِ بَرَاءَةِ ذِمَّةِ المَيِّتِ فِيهَا بِالتَّلَفِ، وَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَلِهَذَا الِاخْتِلَافِ فَوَائِدُ:

مِنْهَا: نُفُوذُ تَصَرُّفِ الْوَرَثَةِ فِيهَا بِبَيْعٍ أَوْ غَيْرِهِ مِنَ الْعُقُودِ، فَإِنْ قُلْنَا بِعَدَمِ الِانْتِقَالِ إِلَيْهِمْ فَلَا إِشْكَالَ فِي عَدَمِ النُّفُوذِ، وَإِنْ قُلْنَا بِالِانْتِقَالِ فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَنْفُذُ، قَالَهُ الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي بَابِ الشَّرِكَةِ مِنْ كِتَابَيْهِمَا، وَحَمَلَ الْقَاضِي فِي غَيْرِ المُجَرَّدِ رِوَايَةَ ابْنِ مَنْصُورٍ عَلَى هَذَا.

وَالثَّانِي: يَنْفُذُ، قَالَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ أَيْضًا فِي الرَّهْنِ وَالْقِسْمَةِ، وَجَعَلَاهُ المَذْهَبَ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ لَهُمُ التَّصَرُّفُ بِشَرْطِ الضَّمَانِ، قَالَهُ الْقَاضِي، قَالَ: وَمَتَى خَلَّى الْوَرَثَةُ بَيْنَ التَّرِكَةِ وَبَيْنَ الْغُرَمَاءِ، سَقَطَتْ مُطَالَبَتُهُمْ بِالدُّيُونِ، وَنَصَبَ الحَاكِمُ مَنْ يُوَفِّيهِمْ مِنْهَا، وَلَمْ يَمْلِكْهَا الْغُرَمَاءُ بِذَلِكَ.

وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُمْ إِذَا تَصَرَّفُوا فِيهَا طُولِبُوا بِالدُّيُونِ كُلِّهَا كَمَا تَقُولُ فِي سَيِّدِ الجَانِي إِذَا فَدَاهُ: إِنَّهُ يَفْدِيهِ بِأَرْشِ الجِنَايَةِ بَالِغًا مَا بَلَغَ عَلَى رِوَايَةٍ.

وَكَلَامُ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ الْبُرْزَاطِيِّ هَاهُنَا يَدُلُّ عَلَيْهِ، وَسَنَذْكُرُهُ، وَفِي الْكَافِي إِنَّمَا يَضْمَنُونَ أَقَلَّ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيمَةِ التَّرِكَةِ أَوِ الدَّيْنِ، وَعَلَى الْأَوَّلِ يَنْفُذُ الْعِتْقُ خَاصَّةً كَعِتْقِ الرَّاهِنِ. ذَكَرَهُ أَبُو الخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ، وَحَكَى الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ فِي بَابِ الْعِتْقِ فِي نُفُوذِ الْعِتْقِ مَعَ عَدَمِ الْعِلْمِ بِالدَّيْنِ وَجْهَيْنِ، وَأَنَّهُ لَا يَنْفُذُ مَعَ الْعِلْمِ، وَجَعَلَ صَاحِبُ الْكَافِي مَأْخَذَهُمَا أَنَّ حُقُوقَ الْغُرَمَاءِ الْمُتَعَلِّقَةَ بِالتَّرِكَةِ، هَلْ يَمْلِكُ الْوَرَثَةُ إِسْقَاطَهَا بِالْتِزَامِهِمُ الْأَدَاءَ مِنْ عِنْدِهِمْ أَمْ لَا؟

وَرِوَايَةُ ابْنِ مَنْصُورٍ السَّابِقَةُ تَدُلُّ عَلَى أَنَّهُمْ لَا يَمْلِكُونَ ذَلِكَ، وَفِي النَّظَرِيَّاتِ لِابْنِ عَقِيلٍ أَنَّ عِتْقَ الْوَرَثَةِ إِنَّمَا يَنْفُذُ مَعَ يَسَارِهِمْ دُونَ إِعْسَارِهِم، اعْتِبَارًا بِعِتْقِ مَوْرُوثِهِمْ فِي مَرَضِهِ؛ لِأَنَّ مَوْرُوثَهُمْ كَانَ مِلْكُهُ ثَابِتًا فِيهَا بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَلَا يَنْفُذُ عِتْقُهُ مَعَ الْإِعْسَارِ، فَلَأَنْ لَا يَنْفُذَ عِتْقُهُمْ مَعَ إِعْسَارِهِمْ وَالِاخْتِلَافِ فِي مِلْكِهِمْ أَوْلَى.

وَهَلْ يَصِحُّ رَهْنُ التَّرِكَةِ عِنْدَ الْغُرَمَاءِ؟

قَالَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ: لَا يَصِحُّ، وَعَلَّلَ بِأَنَّهَا كَالْمَرْهُونَةِ عِنْدَهُمْ بِحَقِّهِمْ، وَالْمَرْهُونُ لَا يَصِحُّ رَهْنُهُ، وَبِأَنَّ التَّرِكَةَ مِلْكٌ لِلْوَرَثَةِ، فَلَا يَصِحُّ رَهْنُ مِلْكِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، فَعَلَى التَّعْلِيلِ الْأَوَّلِ لَا يَصِحُّ رَهْنُ الْوَرَثَةِ لَهَا مِنَ الْغُرَمَاءِ، وَإِنْ قِيلَ: هِيَ مِلْكُهُمْ. وَعَلَى الثَّانِي: يَنْبَغِي أَنْ يَصِحَّ رَهْنُ الْمُوصَى لَهَا إِذَا قُلْنَا: لَيْسَتْ مِلْكًا لِلْوَرَثَةِ.

وَمِنْهَا: نَمَاءُ التَّرِكَةِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَرَثَةِ؛ تَعَلَّقَ حَقُّ الْغُرَمَاءِ بِالنَّمَاءِ كَالْأَصْلِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَنْتَقِلُ إِلَيْهِمْ فَهَلْ يَتَعَلَّقُ حَقُّ الْغُرَمَاءِ بِالنَّمَاءِ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ. وَقَدْ سَبَقَ بَسْطُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي قَاعِدَةِ النَّمَاءِ.

وَمِنْهَا: لَوْ مَاتَ رَجُلٌ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَلَهُ مَالٌ زَكَوِيٌّ، فَهَلْ يَبْتَدِئُ الْوَرَثَةُ حَوْلَ زَكَاتِهِ مِنْ حِينِ مَوْتِ مَوْرُوثِهِ أَمْ لَا؟

إِنْ قُلْنَا: لَا تَنْتَقِلُ التَّرِكَةُ إِلَيْهِ مَعَ الدَّيْنِ، فَلَا إِشْكَالَ فِي أَنَّهُ لَا يَجْرِي فِي حَوْلِهِ حَتَّى يَنْتَقِلَ إِلَيْهِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَنْتَقِلُ انْبَنَى عَلَى أَنَّ الدَّيْنَ هَلْ هُوَ مَضْمُونٌ فِي ذِمَّةِ الْوَارِثِ أَوْ هُوَ فِي ذِمَّةِ الْمَيِّتِ خَاصَّةً؟ فَإِنْ قُلْنَا: الدَّيْنُ فِي ذِمَّةِ الْوَارِثِ وَكَانَ مِمَّا يَمْنَعُ الزَّكَاةَ انْبَنَى عَلَى أَنَّ الدَّيْنَ الْمَانِعَ هَلْ يَمْنَعُ انْعِقَادَ الْحَوْلِ مِنِ ابْتِدَائِهِ أَوْ يَمْنَعُ الْوُجُوبَ فِي انْتِهَائِهِ خَاصَّةً؟

فِيهِ رِوَايَتَانِ مَحْكِيَّتَانِ فِي شَرْحِ الْهِدَايَةِ.

وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَمْنَعُ الِانْعِقَادَ، فَيَمْتَنِعُ انْعِقَادُ الْحَوْلِ عَلَى مِقْدَارِ الدَّيْنِ مِنَ الْمَالِ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّمَا يَمْنَعُ وُجُوبَ الزَّكَاةِ فِي آخِرِ الْحَوْلِ مَنَعَ مِنَ الْوُجُوبِ هَاهُنَا آخِرَ الْحَوْلِ فِي قَدْرِهِ أَيْضًا، وَإِنْ قُلْنَا: لَيْسَ فِي ذِمَّةِ الْوَارِثِ شَيْءٌ فَظَاهِرُ كَلَامِ أَصْحَابِنَا أَنَّ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِالْمَالِ مَانِعٌ، وَسَنَذْكُرُهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ لَهُ شَجَرٌ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ فَمَاتَ، فَهَاهُنَا صُورَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنْ يَمُوتَ قَبْلَ أَنْ يُثْمِرَ، ثُمَّ أَثْمَرَتْ قَبْلَ الْوَفَاءِ، فَيَنْبَنِي عَلَى أَنَّ الدَّيْنَ هَلْ يَتَعَلَّقُ بِالنَّمَاءِ أَمْ لَا؟ فَإِنْ قُلْنَا: يَتَعَلَّقُ بِهِ؛ خُرِّجَ عَلَى الْخِلَافِ فِي مَنْعِ

الدَّيْنِ الزَّكَاةَ فِي الْأَمْوَالِ الظَّاهِرَةِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَتعَلَّقُ بِهِ فَالزَّكَاةُ عَلَى الْوَارِثِ، وَهَذَا كُلُّهُ بِنَاءً عَلَى الْقَوْلِ بِانْتِقَالِ المِلْكِ إِلَيْهِ، أَمَّا إِنْ قُلْنَا: لَا يَنْتَقِلُ؛ فَلَا زَكَاةَ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَنْفَكَّ التَّعَلُّقُ قَبْلَ بُدُوِّ صَلَاحِهِ.

الصُّورَةُ الثَّانِيَةُ: أَنْ يَمُوتَ بَعْدَمَا أَثْمَرَتْ، فَيَتَعَلَّقُ الدَّيْنُ بِالثَّمَرَةِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ مَوْتُهُ بَعْدَ وَقْتِ الْوُجُوبِ فَقَدْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ، إِلَّا أَنْ نَقُولَ: إِنَّ الدَّيْنَ يَمْنَعُ الزَّكَاةَ فِي المَالِ الظَّاهِرِ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ وَقْتِ الْوُجُوبِ، فَإِنْ قُلْنَا: تَنْتَقِلُ التَّرِكَةُ إِلَى الْوَرَثَةِ مَعَ الدَّيْنِ فَالحُكْمُ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ لَهُمْ تَعَلَّقَ بِهِ دَيْنٌ، وَلَا سِيَّمَا إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ فِي ذِمَّتِهِمْ وَإِنْ قُلْنَا: لَا تَنْتَقِلُ التَّرِكَةُ إِلَيْهِمْ فَلَا زَكَاةَ عَلَيْهِمْ، وَهَذِهِ المَسْأَلَةُ تَدُلُّ عَلَى أَنَّ النَّمَاءَ المُنْفَصِلَ يَتعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الْغُرَمَاءِ بِغَيْرِ خِلَافٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ مَاتَ وَلَهُ عَبِيدٌ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، وَأَهَلَّ هِلَالُ الْفِطْرِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَنْتَقِلُ المِلْكُ؛ فَلَا فِطْرَةَ لَهُمْ عَلَى أَحَدٍ، وَإِنْ قُلْنَا: يَنْتَقِلُ؛ فَفِطْرَتُهُمْ عَلَى الْوَرَثَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَتِ التَّرِكَةُ حَيَوَانًا فَإِنْ قُلْنَا بِالِانْتِقَالِ إِلَى الْوَرَثَةِ؛ فَالنَّفَقَةُ عَلَيْهِمْ، وَإِلَّا فَمِنَ التَّرِكَةِ كَمُؤْنَتِهِ، وَكَذَلِكَ مُؤْنَةُ المَالِ كَأُجْرَةِ المَخْزَنِ وَنَحْوِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ مَاتَ المَدِينُ وَلَهُ شِقْصٌ، فَبَاعَ شَرِيكُهُ نَصِيبَهُ قَبْلَ الْوَفَاءِ، فَهَلْ لِلْوَرَثَةِ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ؟

إِنْ قُلْنَا بِالِانْتِقَالِ إِلَيْهِمْ؛ فَلَهُمْ ذَلِكَ، وَإِلَّا فَلَا، فَلَوْ كَانَ الْوَارِثُ شَرِيكَ المَوْرُوثِ وَبِيعَ نَصِيبُ المَوْرُوثِ فِي دَيْنِهِ، فَإِنْ قُلْنَا بِالِانْتِقَالِ فَلَا شُفْعَةَ لِلْوَارِثِ، وَلِأَنَّ الْبَيْعَ وَقَعَ فِي مِلْكِهِ، فَلَا يَمْلِكُ اسْتِرْجَاعَهُ، وَإِنْ قِيلَ: بَعْدَهُ فَلَهُ الشُّفْعَةُ؛ لِأَنَّ المَبِيعَ لَمْ يَكُنْ فِي مِلْكِهِ، بَلْ فِي شَرِكَتِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَطِئَ الْوَارِثُ الجَارِيَةَ المَوْرُوثَةَ، وَالدَّيْنُ يَسْتَغْرِقُ، فَأَوْلَدَهَا، فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ مِلْكُهُ فَلَا حَدَّ، وَيَلْزَمُهُ قِيمَتُهَا يُوَفِّي مِنْهَا الدَّيْنَ، كَمَا لَوْ وَطِئَ الرَّاهِنُ.

وَإِنْ قُلْنَا: لَيْسَتْ مِلْكَهُ فَلَا حَدَّ أَيْضًا؛ لِشُبْهَةِ المِلْكِ، فَإِنَّهُ يَمْلِكُهَا بِالْفِكَاكِ، فَهِيَ كَالرَّهْنِ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا وَمَهْرُهَا يُوَفَّى بِهَا الدَّيْنُ، ذَكَرَهُ أَبُو الخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ، فَفَائِدَةُ الخِلَافِ حِينَئِذٍ وُجُوبُ المَهْرِ.

وَمِنْهَا: لَوْ تَزَوَّجَ الِابْنُ أَمَةَ أَبِيهِ، ثُمَّ قَالَ لَـهَا: إِنْ مَاتَ أَبِي فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَقَالَ أَبُوهُ: إِنْ مِتُّ فَأَنْتِ حُرَّةٌ، ثُمَّ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ، لَمْ تُعْتَقْ؛ لِاسْتِغْرَاقِ الدَّيْنِ لِلتَّرِكَةِ، فَلَا ثُلُثَ لِلْمَيِّتِ لِيَنْفُذَ مِنْهُ الْعِتْقُ، وَهَلْ يَقَعُ الطَّلَاقُ؟

قَالَ الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ: نَعَمْ، وَعَلَّلَ بِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهَا، فَهِيَ بَاقِيَةٌ عَلَى نِكَاحِهِ.

وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ: لَا تَطْلُقُ؛ لِأَنَّ التَّرِكَةَ تَنْتَقِلُ إِلَى الْوَرَثَةِ، فَيَسْبِقُ الْفَسْخُ الطَّلَاقَ، فَالْوَجْهَانِ مَبْنِيَّانِ عَلَى الِانْتِقَالِ وَعَدَمِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ لَمْ يُدَبِّرْهَا الْأَبُ سَوَاءٌ.

وَفِي المَذْهَبِ وَجْهٌ آخَرُ بِالْوُقُوعِ، وَإِنْ قِيلَ بِالِانْتِقَالِ، حَتَّى وَلَوْ لَمْ يَكُنْ دَيْنٌ بَنَى عَلَى مَا سَبَقَ مِنَ الطَّلَاقِ لِلْفَسْخِ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الْقَوَاعِدِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَقَرَّ لِشَخْصٍ فَقَالَ: لَهُ فِي مِيرَاثِهِ أَلْفٌ، فَالمَشْهُورُ أَنَّهُ مُتَنَاقِضٌ فِي إِقْرَارِهِ، وَفِي التَّلْخِيصِ يَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزَمَهُ؛ إِذِ المَشْهُورُ عِنْدَنَا أَنَّ الدَّيْنَ لَا يَمْنَعُ المِيرَاثَ، فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ: لَهُ فِي هَذِهِ التَّرِكَةِ أَلْفٌ، فَإِنَّهُ إِقْرَارٌ صَحِيحٌ، وَعَلَى هَذَا فَإِذَا قُلْنَا: يَمْنَعُ الدَّيْنُ المِيرَاثَ كَانَ مُنَاقِضًا بِغَيْرِ خِلَافٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ مَاتَ وَتَرَكَ ابْنَيْنِ وَأَلْفَ دِرْهَمٍ، وَعَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ دَيْنٌ، ثُمَّ مَاتَ أَحَدُ الِابْنَيْنِ وَتَرَكَ ابْنًا، ثُمَّ أَبْرَأَ الْغَرِيمُ الْوَرَثَةَ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ ابْنُ الِابْنِ نِصْفَ التَّرِكَةِ بِمِيرَاثِهِ عَنْ أَبِيهِ، وَذَكَرَهُ فِي مَوْضِعٍ إِجْمَاعًا، وَعَلَّلَهُ فِي مَوْضِعٍ بِأَنَّ التَّرِكَةَ تَنْتَقِلُ مَعَ الدَّيْنِ، فَانْتَقَلَ مِيرَاثُ الِابْنِ إِلَى أَبِيهِ، وَهَذَا يُفْهَمُ مِنْهُ أَنَّهُ عَلَى الْقَوْلِ بِمَنْعِ الِانْتِقَالِ يَخْتَصُّ بِهِ وَلَدُ الصُّلْبِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْبَاقِي مِنَ الْوَرَثَةِ، وَابْنُ الِابْنِ لَيْسَ بِوَارِثٍ مَعَهُ، وَالتَّرِكَةُ لَمْ تَنْتَقِلْ إِلَى أَبِيهِ، وَإِنَّمَا انْتَقَلَتْ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَيَشْهَدُ لِهَذَا مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمُحَرَّرِ فِي الْوَصِيَّةِ إِذَا مَاتَ الْمُوصَى لَهُ وَقَبِلَ وَارِثُهُ، فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ هُوَ دُونَ مَوْرُوثِهِ عَلَى قَوْلِنَا بِمِلْكِ الْوَصِيَّةِ مِنْ حِينِ الْقَبُولِ.

وَمِنْهَا: رُجُوعُ بَائِعِ الْمُفْلِسِ فِي عَيْنِ مَالِهِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُفْلِسِ، وَيَحْتَمِلُ بِنَاؤُهُ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَرَثَةِ امْتَنَعَ رُجُوعُهُ، وَبِهِ عَلَّلَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَنْتَقِلُ يَرْجِعُ بِهِ، وَلَا سِيَّمَا وَالْحَقُّ هُنَا مُتَعَلِّقٌ فِي الْحَيَاةِ تَعَلُّقًا مُتَأَكِّدًا.

وَمِنَ الْعَجَبِ أَنَّ عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً بِسُقُوطِ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ مِنَ الرَّهْنِ بِمَوْتِهِ، فَيَكُونُ أُسْوَةَ الْغُرَمَاءِ، كَغَرِيمِ الْمُفْلِسِ، حَكَاهَا الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ، وَهَذَا عَكْسُ مَا نَحْنُ فِيهِ.

وَمِنْهَا: مَا نَقَلَ الْبُزْرَاطِيُّ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ مَاتَ وَخَلَّفَ أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَعَلَيْهِ لِلْغُرَمَاءِ أَكْثَرُ مِنْ أَلْفِ دِرْهَمٍ، وَلَيْسَ لَهُ وَارِثٌ غَيْرُ ابْنِهِ، فَقَالَ ابْنُهُ لِغُرَمَائِهِ: اتْرُكُوا هَذَا الْأَلْفَ فِي يَدِي، وَأَخِّرُونِي فِي حُقُوقِكُمْ ثَلَاثَ سِنِينَ حَتَّى أُوَفِّيَكُمْ جَمِيعَ حُقُوقِكُمْ، قَالَ: إِذَا كَانُوا اسْتَحَقُّوا قَبْضَ هَذِهِ الْأَلْفِ وَإِنَّمَا يُؤَخِّرُونَهُ

لِيُوَفِّيَهُمْ لِأَجْلِ أَنْ يَتْرُكَهَا فِي يَدَيْهِ، فَهَذَا لَا خَيْرَ لَهُ فِيهِ، إِلَّا أَنْ يَقْبِضُوا الْأَلْفَ مِنْهُ، وَيُؤَخِّرُونَهُ فِي الْبَاقِي مَا شَاءُوا.

قَالَ بَعْضُ شُيُوخِنَا: تُخَرَّجُ هَذِهِ الرِّوَايَةُ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ التَّرِكَةَ لَا تَنْتَقِلُ، قَالَ: إِنْ قُلْنَا: تَنْتَقِلُ إِلَيْهِمْ؛ جَازَ ذَلِكَ، وَهُوَ أَقْيَسُ بِالْمَذْهَبِ، وَتَوْجِيهُ مَا قَالَ: إِنَّ حَقَّ الْغُرَمَاءِ فِي عَيْنِ التَّرِكَةِ دُونَ ذِمَّةِ الْوَرَثَةِ، فَإِذَا أَسْقَطُوا حَقَّهُمْ مِنَ التَّعَلُّقِ بِشَرْطِ أَنْ يُوَفِّيَهُمُ الْوَرَثَةُ بَقِيَّةَ حُقُوقِهِمْ فَهُوَ إِسْقَاطٌ بِعِوَضٍ غَيْرِ لَازِمٍ لِلْوَرَثَةِ، فَإِنْ قِيلَ بِانْتِقَالِ التَّرِكَةِ إِلَى الْوَارِثِ فَقَدْ أَذِنَ لَهُ فِي الِانْتِفَاعِ بِمَالِهِ بِعِوَضٍ يَلْزَمُهُ لَهُ فِي ذِمَّتِهِ.

وَإِنْ قِيلَ بِعَدَمِ الِانْتِقَالِ فَهُوَ شَبِيهٌ بِتَمْلِيكِهِ أَلْفًا بِأَلْفَيْنِ إِلَى أَجَلٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ تَمْلِيكًا، مَعَ أَنَّ قَوْلَ أَحْمَدَ: «لَا خَيْرَ فِيهِ» لَيْسَ تَصْرِيحًا بِالتَّحْرِيمِ، فَيَحْتَمِلُ الْكَرَاهَةَ.

قَوْلُهُ: وَيُؤَخِّرُونَهُ فِي الْبَاقِي مَا شَاءُوا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْوَرَثَةَ إِذَا تَصَرَّفُوا فِي التَّرِكَةِ صَارُوا ضَامِنِينَ جَمِيعِ الدَّيْنِ فِي ذِمَّتِهِمْ، فَيُطَالَبُونَ بِهِ، وَمَتَى كَانَ الدَّيْنُ فِي ذِمَمِ الْوَرَثَةِ قَوِيَ الْجَوَازُ؛ لِأَنَّ انْتِقَالَهُ إِلَى ذِمَمِهِمْ فَرْعُ انْتِقَالِ التَّرِكَةِ إِلَيْهِمْ، فَيَبْقَى كَالْمُفْلِسِ إِذَا طَلَبَ مِنْ غُرَمَائِهِ الْإِمْهَالَ وَإِسْقَاطَ حُقُوقِهِمْ مِنْ أَعْيَانِ مَالِهِ لِيُوَفِّيَهُمْ إِيَّاهَا كَامِلَةً إِلَى أَجَلٍ.

وَمِنْهَا: وِلَايَةُ الْمُطَالَبَةِ بِالتَّرِكَةِ إِذَا كَانَتْ دَيْنًا وَنَحْوَهُ، هَلْ لِلْوَرَثَةِ خَاصَّةً أَمْ لِلْغُرَمَاءِ وَالْوَرَثَةِ؟

قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللهِ فِي رَجُلٍ مَاتَ وَخَلَّفَ وَدِيعَةً عِنْدَ رَجُلٍ، وَلَمْ يُوصِ إِلَيْهِ بِشَيْءٍ، وَخَلَّفَ عَلَيْهِ دَيْنًا: يَجُوزُ لِهَذَا الْمُودَعِ أَنْ يَدْفَعَ إِلَى وَلَدِ الْمَيِّتِ؟

فَقَالَ: إنْ كَانَ أَصْحَابُ الدَّيْنِ جَمِيعًا يَعْلَمُونَ أَنَّهُ مُودَعٌ وَيَخَافُ تَبِعَتَهُمْ أَنْ يَرْجِعُوا عَلَيْهِ لِيَخْلُفُوا جَمِيعَ أَصْحَابِ الدَّيْنِ وَالْوَرَثَةَ يُسَلِّمُ إلَيْهِمْ، وَنَقَلَ صَالِحٌ نَحْوَهُ. وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ لِلْغُرَمَاءِ وِلَايَةَ الْمُطَالَبَةِ وَالرُّجُوعَ عَلَى الْمُودَعِ إذَا سَلَّمَ الْوَدِيعَةَ إلَى الْوَرَثَةِ، وَحَمَلَهُ الْقَاضِي عَلَى الِاحْتِيَاطِ، قَالَ: لِأَنَّ التَّرِكَةَ مِلْكٌ لِلْوَرَثَةِ، وَلَهُمُ الْوَفَاءُ مِنْ غَيْرِهَا.

وَظَاهِرُ كَلَامِهِ إنْ قُلْنَا: التَّرِكَةُ مِلْكٌ لَـهُمْ، فَلَهُمْ وِلَايَةُ الطَّلَبِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَيْسَتْ مِلْكًا لَـهُمْ فَلَيْسَ لَـهُمْ الِاسْتِقْلَالُ بِذَلِكَ.

وَقَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ عِنْدِي: إنَّ نَصَّ أَحْمَدَ عَلَى ظَاهِرِهِ؛ لِأَنَّ الْوَرَثَةَ وَالْغُرَمَاءَ تَتَعَلَّقُ حُقُوقُهُمْ بِالتَّرِكَةِ كَالرَّهْنِ وَالْجَانِي، فَلَا يَجُوزُ الدَّفْعُ إلَى بَعْضِهِمْ. قَالَ: وَإِنَّمَا الْمُشْكِلُ أَنَّ مَفْهُومَ كَلَامِهِ جَوَازُ الدَّفْعِ إلَى الْوَرَثَةِ بِمُفْرَدِهِمْ، وَلَعَلَّهُ أَرَادَ إذَا وَثِقَ بِتَوْفِيَتِهِمُ الدَّيْنَ. انْتَهَى.

وَلَا رَيْبَ أَنَّ حُقُوقَ الْوَرَثَةِ تَتَعَلَّقُ بِهَا أَيْضًا، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَنْتَقِلُ إلَيْهِمْ وَهُمْ قَائِمُونَ مَقَامَ الْوَصِيِّ عِنْدَ عَدَمِهِ أَيْضًا فِي إيفَائِهِ الدُّيُونَ وَغَيْرَهَا عِنْدَ طَائِفَةٍ مِنَ الْأَصْحَابِ، فَالْمُتَوَجِّهُ هُوَ الدَّفْعُ إلَى الْوَرَثَةِ وَالْغُرَمَاءِ جَمِيعِهِمْ، وَلَا يَمْلِكُونَ الدَّفْعَ إلَى الْغُرَمَاءِ بِانْفِرَادِهِمْ بِكُلِّ حَالٍ.

وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا فِيمَنْ عِنْدَهُ وَدِيعَةٌ وَصَّى بِهَا رَبُّهَا لِرَجُلٍ، ثُمَّ مَاتَ، أَنَّ الْمُودَعَ لَا يَدْفَعُهَا إلَى الْمُوصَى لَهُ، فَإِنْ فَعَلَ ضَمِنَ، وَلَكِنْ يَجْمَعُ الْوَرَثَةَ وَالْمُوصَى لَهُ، فَإِنْ أَجَازُوا وَإِلَّا دَفَعَ إلَيْهِمْ جَمِيعًا، وَلَعَلَّ هَذَا فِيمَا إذَا لَمْ يُثْبِتِ الْوَصِيَّةَ فِي الظَّاهِرِ، وَإِنَّمَا الْمُودَعُ يَدَّعِي ذَلِكَ، وَأَنَّهَا لَا تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ.

وَكَذَلِكَ قَالَ: إنْ أَجَازُوا لِغَيْرِ الْوَرَثَةِ وَإِلَّا فَالْعَيْنُ الْمُوصَى بِهَا إِذَا خَرَجَتْ مِنَ الثُّلُثِ لَا حَقَّ فِيهَا لِلْوَرَثَةِ، وَلَا تَنْتَقِلُ إِلَيْهِمْ بِكُلِّ حَالٍ، عَلَى الصَّحِيحِ.

وَفِي الْمُحَرَّرِ أَنَّ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُوصِي بِهِ لِمُعَيَّنٍ فَهُوَ مُخَيَّرٌ؛ إنْ شَاءَ دَفَعَهُ إِلَى الْمُوصِي، وَإِنْ شَاءَ دَفَعَهُ إِلَى الْمُوصَى لَهُ، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ الْمُطْلَقَةِ؛ فَإِنَّهُ لَا يَبْرَأُ بِدُونِ الدَّفْعِ إِلَى الْوَارِثِ وَالْوَصِيِّ جَمِيعًا؛ لِأَنَّهَا كَالدَّيْنِ.

وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ أَيْضًا فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ فِيمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لِمَيِّتٍ وَعَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ، فَقَضَى رَبَّهُ أَنَّهُ يَجُوزُ فِي الْبَاطِنِ دُونَ الظَّاهِرِ.

وَوَجَّهَهُ الْقَاضِي بِأَنَّ الْوَرَثَةَ لَا حَقَّ لَـهُمْ فِي ذَلِكَ الْمَالِ الَّذِي فِي مُقَابَلَةِ الدَّيْنِ، فَلَا يَكُونُ مُتَصَرِّفًا فِي حُقُوقِهِمْ، وَهَذَا مُتَوَجِّهٌ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ التَّرِكَةَ لَا تَنْتَقِلُ إِلَيْهِمْ مَعَ الدَّيْنِ، فَلَا يَكُونُ الْقَضَاءُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ، وَيَرْجِعُ ذَلِكَ إِلَى أَنَّ كُلَّ مَالٍ مُسْتَحَقٍّ يَجُوزُ دَفْعُهُ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ مَعَ وُجُودِ مَنْ لَهُ وِلَايَةُ الْقَبْضِ، وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُهُ فِي الْقَوَاعِدِ.

▪ **الثَّالِثَة عَشْرَةَ:** التَّدْبِيرُ هَلْ هُوَ وَصِيَّةٌ أَوْ عِتْقٌ بِصِفَةٍ؟ فِي الْمَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ يَنْبَنِي عَلَيْهِمَا فَوَائِدُ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: لَوْ قَتَلَ الْمُدَبَّرُ سَيِّدَهُ هَلْ يُعْتَقُ؟ وَفِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: بِنَاؤُهُ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ إنْ قُلْنَا: هُوَ عِتْقٌ بِصِفَةٍ عَتَقَ، وَإِنْ قُلْنَا: وَصِيَّةٌ لَمْ يُعْتَقْ؛ لِأَنَّ الْمَذْهَبَ أَنَّ الْمُوصَى لَهُ إِذَا قَتَلَ الْمُوصِيَ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ لَمْ يُعْتَقْ، وَهِيَ طَرِيقَةُ ابْنِ عَقِيلٍ وَغَيْرِهِ.

وَالثَّانِيَةُ: أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُعَلِّقْهُ عَلَى مَوْتِهِ بِقَتْلِهِ إِيَّاهُ.

وَمِنْهَا: بَيْعُ الْمُدَبَّرِ وَهِبَتُهُ، وَالْمَذْهَبُ الْجَوَازُ؛ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ أَوْ تَعْلِيقٌ بِصِفَةٍ، وَكِلَاهُمَا لَا يَمْنَعُ نَقْلَ الْمِلْكِ قَبْلَ الصِّفَةِ.

وَفِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى بِالْمَنْعِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ عِتْقٌ بِصِفَةٍ، فَيَكُونُ لَازِمًا كَالِاسْتِيلَاءِ.

وَمِنْهَا: اعْتِبَارُهُ مِنَ الثُّلُثِ عَلَى الْمَذْهَبِ؛ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ، وَنَقَلَ حَنْبَلٌ أَنَّهُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَهُوَ مُتَخَرِّجٌ عَلَى أَنَّهُ عِتْقٌ لَازِمٌ كَالِاسْتِيلَاءِ.

وَمِنْهَا: إِبْطَالُ التَّدْبِيرِ وَالرُّجُوعُ عَنْهُ بِالْقَوْلِ، وَفِي صِحَّتِهِ رِوَايَتَانِ بَنَاهُمَا الْخِرَقِيُّ وَالْأَصْحَابُ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ، فَإِنْ قِيلَ: هُوَ وَصِيَّةٌ جَازَ الرُّجُوعُ عَنْهُ، وَإِنْ قُلْنَا: عِتْقٌ فَلَا، وَلِلْقَاضِي وَأَبِي الْخَطَّابِ فِي تَعْلِيقِهِمَا طَرِيقَةٌ أُخْرَى؛ أَنَّ الرِّوَايَتَيْنِ هُنَا عَلَى قَوْلِنَا: إِنَّهُ وَصِيَّةٌ؛ لِأَنَّهَا وَصِيَّةٌ تَنَجَّتْ بِالْمَوْتِ مِنْ غَيْرِ قَبُولٍ، بِخِلَافِ بَقِيَّةِ الْوَصَايَا، وَهُوَ مُنْتَقَضٌ بِالْوَصِيَّةِ لِجِهَاتِ الْبِرِّ.

وَلِأَبِي الْخَطَّابِ فِي الْهِدَايَةِ طَرِيقَةٌ ثَالِثَةٌ، وَهِيَ بِنَاءُ هَاتَيْنِ الرِّوَايَتَيْنِ عَلَى جَوَازِ الرُّجُوعِ بِالْبَيْعِ، أَمَّا إِنْ قُلْنَا: يَمْتَنِعُ الرُّجُوعُ بِالْفِعْلِ فَالْقَوْلُ أَوْلَى.

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَ الْمُدَبَّرَ ثُمَّ اشْتَرَاهُ، فَهَلْ يَكُونُ بَيْعُهُ رُجُوعًا، فَلَا يَعُودَ تَدْبِيرُهُ، أَوْ لَا يَكُونُ رُجُوعًا، فَيَعُودَ؟

فِيهِ رِوَايَتَانِ أَيْضًا بَنَاهُمَا الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ، فَإِنْ قُلْنَا: التَّدْبِيرُ وَصِيَّةٌ؛ بَطَلَتْ بِخُرُوجِهِ عَلَى مِلْكِهِ، وَلَمْ يَبْعُدْ نُفُوذُهُ، وَإِنْ قُلْنَا: هُوَ تَعْلِيقٌ

بِصِفَةٍ؛ عَادَ بِعَوْدِ المِلْكِ؛ بِنَاءً عَلَى أَصْلِنَا فِي عَوْدِ الصِّفَةِ بِعَوْدِ المِلْكِ فِي الْعِتْقِ وَالطَّلَاقِ.

وَطَرِيقَةُ الخِرَقِيِّ وَطَائِفَةٍ مِنَ الْأَصْحَابِ أَنَّ التَّدْبِيرَ يَعُودُ بِعَوْدِ المِلْكِ.

هَاهُنَا رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَبْطَلَ تَدْبِيرَهُ بِالْقَوْلِ، وَهُوَ يَتَنَزَّلُ عَلَى أَحَدِ أَمْرَيْنِ: إِمَّا أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَبْطُلُ بِزَوَالِ المِلْكِ مُطْلَقًا، بَلْ تَعُودُ بِعَوْدِهِ، وَإِمَّا أَنَّ هَذَا حُكْمُ الْوَصِيَّةِ بِالْعِتْقِ خَاصَّةً.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ: عَبْدِي فُلَانٌ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي بِسَنَةٍ، فَهَلْ يَصِحُّ وَيُعْتَقُ بَعْدَ مَوْتِهِ بِسَنَةٍ أَمْ يَبْطُلُ ذَلِكَ؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ بَنَاهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ، فَإِنْ قُلْنَا: التَّدْبِيرُ وَصِيَّةٌ؛ صَحَّ تَقْيِيدُهَا بِصِفَةٍ أُخْرَى تُوجَدُ بَعْدَ المَوْتِ، وَإِنْ قُلْنَا: عِتْقٌ بِصِفَةٍ؛ لَمْ يَصِحَّ ذَلِكَ.

وَهَؤُلَاءِ قَالُوا: لَوْ صَرَّحَ بِالتَّعْلِيقِ فَقَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِي بِسَنَةٍ فَأَنْتَ حُرٌّ؛ لَمْ يَعْتِقْ رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَهِيَ طَرِيقَةُ ابْنِ عَقِيلٍ فِي إِشَارَتِهِ.

وَالصَّحِيحُ أَنَّ هَذَا الخِلَافَ لَيْسَ مَبْنِيًّا عَلَى هَذَا الْأَصْلِ، فَإِنَّ التَّدْبِيرَ وَالتَّعْلِيقَ بِالصِّفَةِ إِنَّمَا يَبْطُلُ بِالمَوْتِ مَعَ الْإِطْلَاقِ؛ لِأَنَّ مُقْتَضَى الْإِطْلَاقِ وُجُودُ الصِّفَةِ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ، فَأَمَّا مَعَ التَّنْفِيذِ بِمَا يَمْنَعُ بَعْدَ المَوْتِ فَتَنْفِيذٌ بِهِ.

وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ جَعَلَ هَذَا الْعَقْدَ تَدْبِيرًا، وَمِنْهُمْ مَنْ يَنْفِي ذَلِكَ، وَلَهُمْ فِي حِكَايَةِ الخِلَافِ فِيهِ أَرْبَعَةُ طُرُقٍ قَدْ ذَكَرْنَاهَا فِي غَيْرِ هَذَا المَوْضِعِ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَاتَبَ مُدَبَّرَهُ، فَهَلْ يَكُونُ رُجُوعًا عَنِ التَّدْبِيرِ؟

إنْ قُلْنَا: عِتْقٌ بِصِفَةٍ؛ لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا، وَإِنْ قُلْنَا: هُوَ وَصِيَّةٌ؛ انْبَنَى عَلَى أَنَّ كِتَابَةَ الْمُوصَى بِهِ هَلْ تَكُونُ رُجُوعًا فِيهِ؟

وَجْهَانِ، أَشْهَرُهُمَا أَنَّهُ رُجُوعٌ، وَالْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّ كِتَابَةَ الْمُدَبَّرِ لَيْسَتْ رُجُوعًا عَنْ تَدْبِيرِهِ، وَنَقَلَ ابْنُ الحَكَمِ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ رُجُوعٌ.

وَمِنْهَا: لَوْ وَصَّى بِعَبْدِهِ، ثُمَّ دَبَّرَهُ، فَفِيهِ وَجْهَانِ: أَشْهَرُهُمَا أَنَّهُ رُجُوعٌ عَنِ الْوَصِيَّةِ، وَالثَّانِي لَيْسَ بِرُجُوعٍ، فَعَلَى هَذَا فَائِدَةُ الْوَصِيَّةِ بِهِ أَنَّهُ لَوْ أَبْطَلَ تَدْبِيرَهُ بِالْقَوْلِ لَاسْتَحَقَّهُ الْمُوصَى لَهُ، ذَكَرَهُ فِي الْمُغْنِي.

وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: يَنْبَنِي عَلَى أَنَّ التَّدْبِيرَ هَلْ هُوَ عِتْقٌ بِصِفَةٍ أَوْ وَصِيَّةٌ؟ فَإِنْ قُلْنَا: هُوَ عِتْقٌ بِصِفَةٍ؛ قُدِّمَ عَلَى الْمُوصَى بِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: هُوَ وَصِيَّةٌ فَقَدِ ازْدَحَمَتْ وَصِيَّتَانِ فِي هَذَا الْعَبْدِ.

فَيَنْبَنِي عَلَى أَنَّ الْوَصَايَا الْمُزْدَحِمَةَ إِذَا كَانَ بَعْضُهَا عِتْقًا هَلْ يُقَدَّمُ أَوْ يَتَحَاصُّ الْعِتْقِ وَغَيْرُهُ؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ؛ فَإِنْ قُلْنَا بِالْمُحَاصَّةِ؛ فَهُوَ كَمَا لَوْ دَبَّرَ نِصْفَهُ وَوَصَّى بِنِصْفِهِ، وَيَصِحُّ ذَلِكَ عَلَى الْمَنْصُوصِ. انْتَهَى.

وَقَدْ يُقَالُ: الْمُوصَى لَهُ إِنْ قِيلَ: لَا يَمْلِكُ حَتَّى يَقْبَلَ فَقَدْ سَبَقَ زَمَنُ الْعِتْقِ لِزَمَنِ مِلْكِهِ فَيَنْفُذُ، وَإِنْ قِيلَ: يَمْلِكُ مِنْ حِينِ الْمَوْتِ فَقَدْ قَارَنَ زَمَنُ مِلْكِهِ زَمَنَ الْعِتْقِ، فَيَنْبَغِي تَقْدِيمُ الْعِتْقِ كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي مَسْأَلَةِ مَنْ عَتَقَ عَبْدُهُ بِبَيْعِهِ.

وَمِنْهَا: الْوَصِيَّةُ بِالْمُدَبَّرِ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهَا لَا تَصِحُّ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي خِلَافَيْهِمَا؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ الطَّارِئَ إِذَا أَبْطَلَ الْوَصِيَّةَ عَلَى الْمَشْهُورِ، فَكَيْفَ يَصِحُّ طَرَيَانُ الْوَصِيَّةِ عَلَى التَّدْبِيرِ وَمُزَاحَمَتُهَا لَهُ؟ وَبَنَى الشَّيْخُ هَذِهِ الْمَسَائِلَ أَيْضًا عَلَى الْأُصُولِ السَّابِقَةِ.

وَمِنْهَا: وَلَدُ الْمُدَبَّرَةِ، وَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ يَتْبَعُهَا فِي التَّدْبِيرِ كَمَا وَلَدَتْهُ بَعْدَهُ، سَوَاءٌ كَانَ مَوْجُودًا حَالَ التَّعْلِيقِ أَوِ الْعِتْقِ أَوْ حَادِثًا بَيْنَهُمَا.

وَحَكَى الْقَاضِي فِي كِتَابِ الرِّوَايَتَيْنِ فِي تَبَعِيَّةِ الْوَلَدِ رِوَايَتَيْنِ، وَبَنَاهُمَا عَلَى أَنَّ التَّدْبِيرَ هَلْ هُوَ عِتْقٌ لَازِمٌ كَالِاسْتِيلَادِ؟

وَمِنْ هُنَا قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ: تَبَعِيَّةُ الْوَلَدِ مَبْنِيٌّ عَلَى لُزُومِ التَّدْبِيرِ.

وَخَرَّجَ أَبُو الْخَطَّابِ وَجْهًا أَنَّهُ لَا يَتْبَعُهَا الْحَادِث بَيْنَهُمَا، وَإِنَّمَا يَتْبَعُهَا إِذَا كَانَ مَوْجُودًا مَعَهَا فِي أَحَدِهِمَا مِنْ حُكْمِ وَلَدِ الْمُعَلَّقِ عِتْقُهَا بِصِفَةٍ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ التَّدْبِيرَ تَعْلِيقٌ بِصِفَةٍ، فَيَنْبَغِي عَلَى هَذَا أَنْ يُخَرَّجَ طَرِيقَةً أُخْرَى أَنَّهُ لَا يَتْبَعُهَا الْوَلَدُ الْحَادِثُ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَإِنَّمَا كَانَ مَوْجُودًا فِي أَحَدِ الْحَالَيْنِ، فَهَلْ يَتْبَعُهَا؟

عَلَى وَجْهَيْنِ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمُدَبَّرَ وَصِيَّةٌ، وَحُكْمُ وَلَدِ الْمُوصَى بِهَا كَذَلِكَ عِنْدَ الْأَصْحَابِ.

وَمِنْهَا: لَوْ جَحَدَ السَّيِّدُ التَّدْبِيرَ، فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَيْسَ بِرُجُوعٍ، وَقَالَ الْأَصْحَابُ: إِنْ قُلْنَا: هُوَ عِتْقٌ بِصِفَةٍ؛ لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا، وَإِنْ قُلْنَا: هُوَ وَصِيَّةٌ فَوَجْهَانِ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ جَحْدَ الْمُوصِي الْوَصِيَّةَ هَلْ هُوَ رُجُوعٌ أَمْ لَا.

▪ **الرَّابِعَة عَشْرَةَ:** نَفَقَةُ الحَامِلِ هَلْ هِيَ وَاجِبَةٌ لَـهَا أَوْ لِحَمْلِهَا؟

فِي المَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ مَشْهُورَتَانِ، أَصَحُّهُمَا أَنَّهَا لِلْحَمْلِ، وَهِيَ اخْتِيَارُ الخِرَقِيِّ وَأَبِي بَكْرٍ، وَيَنْبَنِي عَلَيْهَا فَوَائِدُ:

مِنْهَا: إِذَا كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ رَقِيقًا، فَإِنْ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لِلزَّوْجَةِ؛ وَجَبَتْ لَـهَا عَلَى الزَّوْجِ؛ لِأَنَّ نَفَقَةَ زَوْجَةِ الْعَبْدِ فِي كَسْبِهِ أَوْ تَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ، حَكَاهُ ابْنُ المُنْذِرِ إِجْمَاعًا.

وَفِي الْهِدَايَةِ: نَفَقَةُ زَوْجَتِهِ عَلَى سَيِّدِهِ، فَتَجِبُ هَاهُنَا عَلَى السَّيِّدِ، وَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَمْلِ لَمْ تَجِبْ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ هُوَ الرَّقِيقَ فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ أَقَارِبه، وَإِنْ كَانَتْ هِيَ الرَّقِيقَةَ فَالْوَلَدُ مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِ الْأَمَةِ، فَنَفَقَتُهُ عَلَى مَالِكِهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا كَانَ الزَّوْجُ مُعْسِرًا، فَإِنْ قُلْنَا: لِلزَّوْجَةِ؛ وَجَبَتْ عَلَيْهِ، وَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَمْلِ؛ لَمْ تَجِبْ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ نَفَقَةَ الْأَقَارِبِ مَشْرُوطَةٌ بِالْيَسَارِ دُونَ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ مَاتَ الزَّوْجُ، فَهَلْ يَلْزَمُ أَقَارِبَهُ النَّفَقَةُ؟

إِنْ قُلْنَا: هِيَ لِلْحَمْلِ؛ لَزِمَتِ الْوَرَثَةَ، وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ لِلزَّوْجَةِ؛ لَـمْ يَلْزَمْهُمْ بِحَالٍ.

وَمِنْهَا: لَوْ غَابَ الزَّوْجُ، فَهَلْ تَثْبُتُ النَّفَقَةُ فِي ذِمَّتِهِ؟ فِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: إِنْ قُلْنَا: هِيَ لِلزَّوْجَةِ؛ ثَبَتَتْ فِي ذِمَّتِهِ وَلَمْ تَسْقُطْ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ، عَلَى المَشْهُورِ مِنَ المَذْهَبِ، وَإِنْ قُلْنَا: هِيَ لِلْحَمْلِ؛ سَقَطَتْ؛ لِأَنَّ نَفَقَةَ الْأَقَارِبِ لَا تَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ.

وَالثَّانِي: لَا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْمُغْنِي، وَعَلَّلَ بِأَنَّهَا مَصْرُوفَةٌ إِلَى الزَّوْجِ، وَيَتَعَلَّقُ حَقُّهَا بِهَا، فَهِيَ كَنَفَقَتِهَا.

وَيَشْهَدُ لَهُ قَوْلُ الْأَصْحَابِ: لَوْ لَمْ يُنْفِقْ عَلَيْهَا يَظُنُّهَا حَائِلًا، ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهَا حَامِلٌ، لَزِمَ نَفَقَةُ الْمَاضِي.

وَمِنْهَا: إِذَا اخْتَلَعَتِ الْحَامِلُ بِنَفَقَتِهَا، فَهَلْ يَصِحُّ جَعْلُ النَّفَقَةِ عِوَضًا لِلْخُلْعِ؟

قَالَ الشِّيرَازِيُّ: إِنْ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لَـهَا؛ تَصِحُّ، وَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَمْلِ؛ لَمْ تَصِحَّ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَمْلِكْهَا.

وَقَالَ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ: يَصِحُّ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ؛ لِأَنَّهَا مَصْرُوفَةٌ إِلَيْهَا، وَهِيَ الْمُنْتَفِعَةُ بِهَا.

وَمِنْهَا: لَوْ نَشَزَتِ الزَّوْجَةُ حَامِلًا، فَإِنْ قُلْنَا: نَفَقَةُ الْحَمْلِ لَـهَا؛ سَقَطَتْ بِالنُّشُوزِ، وَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَمْلِ؛ لَمْ تَسْقُطْ بِهِ.

وَمِنْهَا: الْحَامِلُ مِنْ وَطْءِ الشُّبْهَةِ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ، فَهَلْ تَجِبُ نَفَقَتُهَا عَلَى الْوَاطِئِ؟

إِنْ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لَـهَا؛ لَمْ تَجِبْ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ لَا تَجِبُ لِلْمَوْطُوءَةِ بِشُبْهَةٍ وَلَا فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَمَكَّنُ مِنَ الِاسْتِمْتَاعِ بِهَا إِلَّا أَنْ يُسْكِنَهَا فِي مَنْزِلٍ يَلِيقُ بِهَا تَحْصِينًا لِمَائِهِ، فَيَلْزَمُهَا ذَلِكَ، ذَكَرَهُ فِي الْمُحَرَّرِ، وَتَجِبُ لَـهَا النَّفَقَةُ حِينَئِذٍ، ذَكَرَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ.

وَإِنْ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لِلْحَمْلِ؛ وَجَبَتْ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ لَاحِقٌ بِهَذَا الْوَاطِئِ.

وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الحَكَمِ عَلَى وُجُوبِ النَّفَقَةِ لَـهَا.

وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: يَتَوَجَّهُ وُجُوبُ النَّفَقَةِ لَـهَا مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ حَمْلٍ كَمَا يَجِبُ لَـهَا المَهْرُ المُسَمَّى، وَيَتَقَرَّرُ بِالخَلْوَةِ عَلَى المَنْصُوصِ؛ لِأَنَّهَا مَحْبُوسَةٌ عَلَيْهِ فِي الْعَقْدِ الْفَاسِدِ، وَلَا تَتَزَوَّجُ عِنْدَنَا بِدُونِ طَلَاقِهِ، وَقَاسَهُ عَلَى الْعَبْدِ المَقْبُوضِ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ.

وَلَوْ أَلْزَمَ حَاكِمٌ بِالنَّفَقَةِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ المُخْتَلَفِ فِيهِ لِاعْتِقَادِ صِحَّتِهِ، فَلِلزَّوْجِ الرُّجُوعُ بِالنَّفَقَةِ عِنْدَ مَنْ يَرَى فَسَادَهُ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ.

وَذَكَرَ صَاحِبُ المُغْنِي احْتِمَالًا بِعَدَمِ الرُّجُوعِ؛ لِأَنَّهُ نَقْضٌ لِلْحُكْمِ المُخْتَلَفِ فِيهِ، وَلَا يَجُوزُ مَا لَمْ يُخَالِفْ كِتَابًا أَوْ إِجْمَاعًا.

وَذَكَرَ فِي المُغْنِي أَيْضًا أَنَّهُ لَوْ أَنْفَقَ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ مِنْ غَيْرِ حَاكِمٍ لَمْ يَرْجِعْ؛ لِأَنَّهُ إِنْ عَلِمَ فَسَادَهُ كَانَ مُتَبَرِّعًا، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ فَهُوَ مُفَرِّطٌ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ الحَمْلُ مُوسِرًا، بِأَنْ يُوصِيَ لَهُ بِشَيْءٍ فَيَقْبَلَهُ الْأَبُ، فَإِنْ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لَهُ؛ سَقَطَتْ نَفَقَتُهُ عَنْ أَبِيهِ، وَإِنْ قُلْنَا: لِأُمِّهِ لَمْ تَسْقُطْ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ دَفَعَ إِلَيْهَا النَّفَقَةَ فَتَلِفَتْ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ، فَإِنْ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لَـهَا؛ لَمْ يَلْزَمْ بَدَلُـهَا، وَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَمْلِ؛ وَجَبَ إِبْدَالُهَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حُكْمُ نَفَقَةِ الْأَقَارِبِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَعْتَقَ الحَامِلَ مِنْ مِلْكِ يَمِينِهِ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ نَفَقَتُهَا؟

إِنْ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لَـهَا؛ لَمْ تَجِبْ إِلَّا حَيْثُ تَجِبُ نَفَقَةُ الْعِتْقِ، وَإِنْ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لِلْحَمْلِ؛ وَجَبَتْ بِكُلِّ حَالٍ.

وَمِنْهَا: فِطْرَةُ الْمُطَلَّقَةِ الحَامِلِ، إنْ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لَـهَا؛ وَجَبَتْ لَـهَا الْفِطْرَةُ، وَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَمْلِ؛ فَفِطْرَةُ الحَمْلِ عَلَى أَبِيهِ غَيْرُ وَاجِبَةٍ عَلَى الصَّحِيحِ.

وَمِنْهَا: هَلْ تَجِبُ السُّكْنَى لِلْمُطَلَّقَةِ الحَامِلِ؟

إنْ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لَـهَا؛ فَلَهَا السُّكْنَى أَيْضًا، وَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَمْلِ؛ فَلَا سُكْنَى لَـهَا، ذَكَرَهُ الحُلْوَانِيُّ فِي التَّبْصِرَةِ.

وَمِنْهَا: نَفَقَةُ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا إذَا كَانَتْ حَامِلًا، وَفِي وُجُوبِهَا رِوَايَتَانِ بَنَاهُمَا ابْنُ الزَّاغُونِيِّ عَلَى هَذَا، إِلَّا أَنَّهُ قَالَ:

فَإِنْ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لِلْحَمْلِ؛ وَجَبَتْ مِنَ التَّرِكَةِ، كَمَا لَوْ كَانَ الْأَبُ حَيًّا، وَإِنْ قُلْنَا: لِلْمَرْأَةِ؛ لَمْ تَجِبْ، وَهَذَا لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ نَفَقَةَ الْأَقَارِبِ لَا تَجِبُ بَعْدَ الْمَوْتِ.

وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْأَمْرَ بِالْعَكْسِ، وَهُوَ أَنَّا إِنْ قُلْنَا: لِلْحَمْلِ؛ لَمْ يَجِبْ لِلْمُتَوَفَّى عَنْهَا لِهَذَا الْمَعْنَى، وَإِنْ قُلْنَا: لِلْمَرْأَةِ وَجَبَتْ؛ لِأَنَّهَا مَحْبُوسَةٌ عَلَى الْمَيِّتِ لِحَقِّهِ، فَتَجِبُ نَفَقَتُهَا مِنْ مَالِهِ، وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُ ذَلِكَ فِي قَاعِدَةِ الحَمْلِ، هَلْ لَهُ حُكْمٌ أَمْ لَا؟

وَمِنْهَا: الْبَائِنُ فِي الحَيَاةِ بِفَسْخٍ أَوْ طَلَاقٍ إِذَا كَانَتْ حَامِلًا فَلَهَا النَّفَقَةُ.

وَحَكَى الحُلْوَانِيُّ وَابْنُهُ رِوَايَةً أَنَّهُ لَا نَفَقَةَ لَـهَا كَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا، وَخَصَّهَا ابْنُهُ بِالْمَبْتُوتَةِ بِالثَّلَاثِ، وَبَنَاهَا عَلَى أَنَّ النَّفَقَةَ لِلْمَرْأَةِ وَالْمَبْتُوتَةُ لَا تَسْتَحِقُّ نَفَقَةً، إِنَّمَا تَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ إِذَا قُلْنَا: هِيَ لِلْحَمْلِ، وَهَذَا مُتَوَجِّهٌ فِي الْقِيَاسِ، إِلَّا أَنَّهُ ضَعِيفٌ مُخَالِفٌ لِلنَّصِّ وَالْإِجْمَاعِ فِيمَا أَظُنُّ، وَوُجُوبُ النَّفَقَةِ لِلْمَبْتُوتَةِ الحَامِلِ يُرَجِّحُ الْقَوْلَ بِأَنَّ النَّفَقَةَ لِلْحَمْلِ.

وَمِنْهَا: لَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى أَنَّهَا حُرَّةٌ، فَبَانَتْ أَمَةً، وَهُوَ مِمَّنْ يُبَاحُ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ، فَفَسَخَ بَعْدَ الدُّخُولِ وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ، فَفِي كِتَابِ النِّكَاحِ مِنَ الْمُجَرَّدِ: هُوَ النِّكَاحُ الْفَاسِدُ، إنْ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لِلْحَمْلِ؛ وَجَبَتْ عَلَى الزَّوْجِ، وَإِنْ قُلْنَا: لِلْحَامِلِ؛ لَمْ تَجِبْ عَلَيْهِ، وَذَكَرَ فِي النَّفَقَاتِ مَا يَدُلُّ عَلَى وُجُوبِهَا عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ هَذَا نِكَاحٌ صَحِيحٌ، فَيَلْزَمُ فِيهِ النَّفَقَةُ وَفِي عِدَّتِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ وُطِئَتِ الرَّجْعِيَّةُ بِشُبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ، ثُمَّ بَانَ بِهَا حَمْلٌ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ مِنَ الزَّوْجِ وَالْوَاطِئِ، فَيَلْزَمُهَا أَنْ تَعْتَدَّ بَعْدَ وَضْعِهِ عِدَّةَ الْوَاطِئِ، فَأَمَّا نَفَقَتُهَا فِي مُدَّةِ هَذِهِ الْعِدَّةِ فَإِنْ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لِلْحَمْلِ؛ فَعَلَيْهِمَا النَّفَقَةُ عَلَيْهَا حَتَّى تَضَعَ؛ لِأَنَّ الحَمْلَ لِأَحَدِهِمَا يَقِينًا، وَلَا نَعْلَمُ عَيْنَهُ، وَلَا تَرْجِعُ الْمَرْأَةُ عَلَى الزَّوْجِ بِشَيْءٍ مِنَ الْمَاضِي.

وَإِنْ قُلْنَا: لَا نَفَقَةَ لِلْحَامِلِ؛ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّةَ الحَمْلِ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ مِنَ الزَّوْجِ، فَيَلْزَمُهُ النَّفَقَةُ وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ مِن الْآخَرِ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا عَلَيْهِ، فَلَا تَجِبُ بِالشَّكِّ، فَإِذَا وَضَعَتْهُ فَقَدْ عَلِمْنَا أَنَّ النَّفَقَةَ عَلَى أَحَدِهِمَا، وَهُوَ غَيْرُ مُعَيَّنٍ، فَيَلْزَمُهُمَا جَمِيعًا النَّفَقَةُ حَتَّى يَنْكَشِفَ الْأَبُ مِنْهُمَا.

وَتَرْجِعُ الْمَرْأَةُ عَلَى الزَّوْجِ بَعْدَ الْوَضْعِ بِنَفَقَةِ أَقْصَرِ الْمُدَّتَيْنِ مِنْ مُدَّةِ الحَمْلِ، أَوْ قَدْرِ مَا بَقِيَ مِنَ الْعِدَّةِ بَعْدَ الْوَطْءِ الْفَاسِدِ؛ لِأَنَّهَا تَعْتَدُّ عَنْهُ بِأَحَدِهِمَا قَطْعًا.

ثُمَّ إِذَا زَالَ الْإِشْكَالُ وَأَلْحَقَتْهُ الْقَافَةُ بِأَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ عُمِلَ بِمُقْتَضَى ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ مَعَهَا وَفْقُ حَقِّهَا مِنَ النَّفَقَةِ، وَإِلَّا رَجَعَتْ عَلَى الزَّوْجِ بِالْفَضْلِ.

وَلَوْ كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا فَالْحُكْمُ كَمَا تَقَدَّمَ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ؛

وَهِيَ أَنَّهُ لَا تَرْجِعُ المَرْأَةُ بَعْدَ الْوَضْعِ بِشَيْءٍ عَلَى الزَّوْجِ، سَوَاءٌ قُلْنَا: النَّفَقَةُ لِلْحَمْلِ أَوْ لِلْحَامِلِ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ لَا تُسْتَحَقُّ مَعَ الْبَيْنُونَةِ إِلَّا بِالحَمْلِ، وَهُوَ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ هُنَا أَنَّهُ مِنْهُ، بِخِلَافِ الرَّجْعِيَّةِ، ذَكَرَ ذَلِكَ كُلَّهُ الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ.

وَلَوْ قِيلَ فِي صُورَةِ الرَّجْعِيَّةِ إِذَا قُلْنَا: النَّفَقَةُ لِلْحَمْلِ: إِنَّهَا تَجِبُ عَلَى مَنْ خَرَجَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ مِنَ الزَّوْجِ وَالْوَاطِئِ، وَكَذَا بَعْدَ الْوَضْعِ وَقَبْلَ ثُبُوتِ نَسَبِهِ مِنْ أَحَدِهِمَا لِيُوجِبَهُ، إِلَّا أَنْ يُقَالَ: يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُمَا جَمِيعًا، فَتَمْتَنِعُ الْقُرْعَةُ عَلَى أَحَدِهِمَا لِذَلِكَ، وَمَتَى ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْ أَحَدِهِمَا، فَقَالَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنَ المُجَرَّدِ: يَرْجِعُ عَلَيْهِ الْآخَرُ بِمَا أَنْفَقَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُنْفِقْ مُتَبَرِّعًا، وَقَيَّدَهُ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ مِنْهُ بِأَنَّهُ يُشْتَرَطُ الرُّجُوعُ، وَيُنْفِقُ بِإِذْنِ الحَاكِمِ، فَإِنْ شَرَطَ الرُّجُوعَ وَأَنْفَقَ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ حَاكِمٍ فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ كَقَضَاءِ الدَّيْنِ.

وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ مُسْتَوْفًى فِي الْقَوَاعِدِ، وَالصَّحِيحُ هُنَا الرُّجُوعُ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ فِي الظَّاهِرِ.

وَقَدْ ذَكَرَ صَاحِبُ المُغْنِي أَنَّ المُلَاعَنَةَ لَوْ أَنْفَقَتْ عَلَى الْوَلَدِ ثُمَّ اسْتَلْحَقَهُ المُلَاعِنُ، رَجَعَتْ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا أَنْفَقَتْ لِظَنِّهَا أَنَّهُ لَا أَبَ لَهُ.

وَأَمَّا إِذَا قُلْنَا: النَّفَقَةُ لِلْحَامِلِ، فَإِنَّا لَمْ نُوجِبْ لَهَا النَّفَقَةَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّ الحَامِلَ لَا نَفَقَةَ لَهَا عَلَى الْوَاطِئِ بِشُبْهَةٍ أَوْ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ كَمَا سَبَقَ، وَالزَّوْجُ لَيْسَ بِمُتَمَكِّنٍ مِنْ الِاسْتِمْتَاعِ بِهَا فِي حَالَةِ الحَمْلِ؛ لِأَنَّ الرَّجْعِيَّةَ إِذَا حَمَلَتْ فِي عِدَّةٍ مِنْ شُبْهَةٍ انْقَطَعَتْ عِدَّةُ الزَّوْجِ مِنْ مُدَّةِ الحَمْلِ، وَحَرُمَ عَلَى الزَّوْجِ الِاسْتِمْتَاعُ بِهَا.

وَهَلْ لَهُ رَجْعَتُهَا فِي هَذِهِ المُدَّةِ لِبَقَاءِ بَقِيَّةِ عِدَّتِهِ عَلَيْهَا؟

عَلَى وَجْهَيْنِ، وَجَزَمَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ بِالْمَنْعِ، وَرَجَّحَ صَاحِبُ الْمُغْنِي الْجَوَازَ، وعَلَى الْوَجْهَيْنِ لَا نَفَقَةَ لَـهَا؛ لِتَحْرِيمِ الِاسْتِمْتَاعِ بِهَا عَلَى الزَّوْجِ، سَوَاءٌ كَانَتْ مَكَّنَتْ مِنَ الْوَطْءِ أَوْ لَا، فَإِنَّهُ لَوْ غَصَبَهَا غَاصِبٌ فَلَا نَفَقَةَ لَـهَا.

▪ **الْخَامِسَةَ عَشْرَةَ**: الْقَتْلُ الْعَمْدُ هَلْ مُوجَبُهُ الْقَوَدُ عينا أَوْ أَحَدُ أَمْرَيْنِ؟ فِي الْمَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ، وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُهُمَا وَفَوَائِدُهُمَا فِي الْقَوَاعِدِ بِمَا يُغْنِي عَنْهُ.

▪ **السَّادِسَةَ عَشْرَةَ**: الْمُرْتَدُّ هَلْ يَزُولُ مِلْكُهُ بِالرِّدَّةِ أَمْ لَا؟ فِي الْمَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: لَا يَزُولُ مِلْكُهُ، بَلْ هُوَ بَاقٍ عَلَيْهِ كَالْمُسْتَمِرِّ عَلَى عِصْمَتِهِ.

وَالثَّانِيَةُ: يَزُولُ.

وَفِي وَقْتِ زَوَالِهِ رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: مِنْ حِينِ مَوْتِهِ مُرْتَدًّا.

وَالثَّانِيَةُ: مِنْ حِينِ رِدَّتِهِ، فَإِنْ أَسْلَمَ أُعِيدَ إِلَيْهِ مَالُهُ مِلْكًا جَدِيدًا، وَهِيَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ أَبِي مُوسَى.

وفِيهِ رِوَايَةٌ ثَالِثَةٌ: أَنَّا نَتَبَيَّنُ بِمَوْتِهِ مُرْتَدًّا زَوَالَ مِلْكِهِ مِنْ حِينِ الرِّدَّةِ.

وَلِـهَذَا الِاخْتِلَافِ فَوَائِدُ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: لَوِ ارْتَدَّ فِي أَثْنَاءِ حَوْلِ الزَّكَاةِ، فَإِنْ قُلْنَا: زَالَ مِلْكُهُ بِالرِّدَّةِ؛ انْقَطَعَ الْحَوْلُ بِغَيْرِ تَرَدُّدٍ.

وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَزُولُ؛ فَالْمَشْهُورُ أَنَّ الزَّكَاةَ لَا تَجِبُ عَلَيْهِ، وَإِنْ عَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ فَيَنْقَطِعُ الْحَوْلُ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْإِسْلَامَ مِنْ شَرَائِطِ وُجُوبِ الزَّكَاةِ، فَيُعْتَبَرُ وُجُودُهُ فِي جَمِيعِ الْحَوْلِ.

وَحَكَى ابْنُ شَاقلا رِوَايَةً أَنَّهُ تَجِبُ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ إذَا عَادَ لَمَا مَضَى مِنَ الْأَحْوَالِ، وَاخْتَارَهَا ابْنُ عَقِيلٍ.

وَإِنِ ارْتَدَّ بَعْدَ الحَوْلِ لَمْ تَسْقُطْ عَنْهُ إِلَّا إِذَا عَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ، وَقُلْنَا: إِنَّ الْمُرْتَدَّ لَا يَلْزَمُهُ قَضَاءُ مَا تَرَكَهُ قَبْلَ الرِّدَّةِ مِنَ الْوَاجِبَاتِ، وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ خِلَافُهُ.

وَمِنْهَا: لَوِ ارْتَدَّ الْمُعْسِرُ، ثُمَّ أَيْسَرَ فِي زَمَنِ ارْتِدَادِهِ، ثُمَّ عَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ وَقَدْ أَعْسَرَ، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ مِلْكَهُ يَزُولُ بِالرِّدَّةِ لَمْ يَلْزَمْهُ الحَجُّ بِالْيَسَارِ السَّابِقِ. وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَزُولُ مِلْكُهُ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ الحَجُّ بِذَلِكَ الْيَسَارِ؟

يَنْبَنِي عَلَى وُجُوبِ الْعِبَادَاتِ عَلَيْهِ فِي حَالِ الرِّدَّةِ، وَإِلْزَامِهِ قَضَاءَهَا بَعْدَ عَوْدِهِ إِلَى الْإِسْلَامِ، وَالصَّحِيحُ عَدَمُ الْوُجُوبِ، فَلَا يَكُونُ بِذَلِكَ مُسْتَطِيعًا.

وَمِنْهَا: حُكْمُ تَصَرُّفَاتِهِ بِالْمُعَاوَضَاتِ وَالتَّبَرُّعَاتِ وَغَيْرِهَا.

فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَزُولُ مِلْكُهُ بِحَالٍ؛ فَهِيَ صَحِيحَةٌ نَافِذَةٌ، وَإِنْ قُلْنَا: يَزُولُ بِمَوْتِهِ؛ أُقِرَّ الْمَالُ بِيَدِهِ فِي حَيَاتِهِ، وَنَفَذَتْ مُعَاوَضَاتُهُ، وَوَقَفَتْ تَبَرُّعَاتُهُ الْمُنْجَزَةُ وَالْمُعَلَّقَةُ بِالْمَوْتِ، فَإِذَا مَاتَ رُدَّتْ كُلُّهَا، وَإِنْ لَمْ تَبْلُغِ الثُّلُثَ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الرِّدَّةِ حُكْمُ الْمَرَضِ الْمَخُوفِ، وَإِنَّمَا لَمْ تَنْفُذْ مِنْ ثُلُثِهِ لِأَنَّ مَالَهُ يَصِيرُ فَيْئًا بِمَوْتِهِ مُرْتَدًّا.

وَإِنْ قُلْنَا: يَزُولُ مِلْكُهُ فِي الحَالِ؛ جُعِلَ فِي بَيْتِ الْمَالِ، وَلَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ بِحَالٍ، لَكِنْ إِذَا أَسْلَمَ رُدَّ إِلَيْهِ مِلْكًا جَدِيدًا.

وَإِنْ قُلْنَا: هُوَ مَوْقُوفٌ مُرَاعًى؛ حَفِظَ الحَاكِمُ مَالَهُ، وَوُقِفَتْ تَصَرُّفَاتُهُ كُلُّهَا، فَإِنْ أَسْلَمَ أُمْضِيَتْ وَإِلَّا تَبَيَّنَّا فَسَادَهَا.

تَنْبِيهٌ: إِنَّمَا تَبْطُلُ تَصَرُّفَاتُهُ لِنَفْسِهِ فِي مَالِهِ، فَلَوْ تَصَرَّفَ لِغَيْرِهِ بِالْوَكَالَةِ؛ صَحَّ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ؛ لِأَنَّ إِبْطَالَ تَصَرُّفَاتِهِ إِنَّمَا هُوَ لِزَوَالِ مِلْكِهِ، وَلَا أَثَرَ لِذَلِكَ فِي تَصَرُّفِهِ بِالْوَكَالَةِ.

نَعَمْ، لَوْ كَانَ قَدْ وَكَّلَ وَكِيلًا، ثُمَّ ارْتَدَّ وَقُلْنَا: يَزُولُ مِلْكُهُ بَطَلَتْ وَكَالَتُهُ، وَلَوْ تَصَرَّفَ لِنَفْسِهِ بِنِكَاحٍ لَمْ يَصِحَّ؛ لِأَنَّ الرِّدَّةَ تَمْنَعُ الْإِقْرَارَ عَلَى النِّكَاحِ، وَإِنْ زَوَّجَ مُوَلِّيَتَهُ لَمْ يَصِحَّ لِزَوَالِ وِلَايَتِهِ بِالرِّدَّةِ، حَتَّى عَنْ أَمَتِهِ الْكَافِرَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ بَاعَ شِقْصًا مَشْفُوعًا فِي الرِّدَّةِ، فَإِنْ قُلْنَا بِصِحَّةِ بَيْعِهِ أَخَذَ مِنْهُ بِالشُّفْعَةِ، وَإِلَّا فَلَا، وَلَوْ بِيعَ فِي زَمَنِ رِدَّتِهِ شِقْصٌ فَجُعِلَ فِي تَرِكَتِهِ فَإِنْ قُلْنَا: مِلْكُهُ بَاقٍ أَخَذَ بِالشُّفْعَةِ، وَإِلَّا فَلَا.

وَمِنْهَا: لَوْ حَازَ مُبَاحًا أَوْ عَمِلَ عَمَلًا بِأُجْرَةٍ، فَإِنْ قُلْنَا: مِلْكُهُ بَاقٍ؛ مَلَكَ ذَلِكَ، وَإِنْ قُلْنَا: زَالَ مِلْكُهُ؛ لَمْ يَمْلِكْهُ، فَإِنْ عَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ بَعْدَ ذَلِكَ، فَهَلْ يَعُودُ مِلْكُهَا إِلَيْهِ؟

فِيهِ احْتِمَالَانِ مَذْكُورَانِ فِي الْمُغْنِي.

وَمِنْهَا: الْوَصِيَّةُ لَهُ، وَفِي صِحَّتِهَا وَجْهَانِ؛ بِنَاءً عَلَى زَوَالِ مِلْكِهِ وَبَقَائِهِ، فَإِنْ قُلْنَا: زَالَ مِلْكُهُ لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ لَهُ، وَإِلَّا صَحَّتْ.

وَمِنْهَا: مِيرَاثُهُ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَزُولُ مِلْكُهُ بِحَالٍ فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ، أَوْ مِنْ دِينِهِ الَّذِي اخْتَارَهُ، عَلَى اخْتِلَافِ الرِّوَايَتَيْنِ فِي ذَلِكَ، وَإِنْ قُلْنَا: يَزُولُ مِلْكُهُ مِنْ حِينِ الرِّدَّةِ أَوْ بِالْمَوْتِ فَمَالُهُ فَيْءٌ لَيْسَ لِوَرَثَتِهِ مِنْهُ شَيْءٌ.

وَمِنْهَا نَفَقَةُ مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ، فَإِنْ قُلْنَا: مِلْكُهُ بَاقٍ وَلَوْ فِي حَيَاتِهِ، أَوْ مُرَاعًى، أَنْفَقَ عَلَيْهِمْ مِنْ مَالِهِ مُدَّةَ الرِّدَّةِ، وَإِنْ قُلْنَا: زَالَ بِالرِّدَّةِ فَلَا نَفَقَةَ لَهُمْ مِنْهُ فِي مُدَّةِ الرِّدَّةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ.

وَمِنْهَا: قَضَاءُ دُيُونِهِ، وَهُوَ كَالنَّفَقَةِ، فَيَقْضِي دُيُونَهُ عَلَى الرِّوَايَاتِ كُلِّهَا، إِلَّا عَلَى رِوَايَةِ زَوَالِ مِلْكِهِ مِنْ حِينِ الرِّدَّةِ، فَلَا تُقْضَى مِنْهُ الدُّيُونُ الْمُتَجَدِّدَةُ فِي الرِّدَّةِ، وَتُقْضَى مِنْهُ الدُّيُونُ الْمَاضِيَةُ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ فَيْئًا مَا فَضَلَ عَنْ أَدَاءِ دُيُونِهِ وَنَفَقَاتِ مَنْ يَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْحُقُوقَ لَا يَجُوزُ تَعْطِيلُهَا، فَيُؤْخَذُ مِنْ مَالِهِ وَيَصِيرُ الْبَاقِي فَيْئًا.

وَمِنْهَا: لَوْ دَبَّرَ عَبْدًا، ثُمَّ ارْتَدَّ السَّيِّدُ، ثُمَّ عَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَزُولُ مِلْكُهُ؛ فَالتَّدْبِيرُ بِحَالِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: زَالَ مِلْكُهُ انْبَنَى عَلَى أَنَّ زَوَالَ الْمِلْكِ عَلَى الْمُدَبَّرِ هَلْ يُبْطِلُ تَدْبِيرَهُ أَمْ لَا، وَجَزَمَ ابْنُ أَبِي مُوسَى بِبُطْلَانِ تَدْبِيرِهِ.

■ **السَّابِعَةَ عَشْرَةَ**: الْكُفَّارُ هَلْ يَمْلِكُونَ أَمْوَالَ الْمُسْلِمِينَ بِالِاسْتِيلَاءِ أَمْ لَا؟

الْمَذْهَبُ عِنْدَ الْقَاضِي أَنَّهُمْ يَمْلِكُونَهَا مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ، وَالْمَذْهَبُ عِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ أَنَّهُمْ لَا يَمْلِكُونَهَا.

وَقَدْ نَقَلَ أَبُو طَالِبٍ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ، وَحَكَى طَائِفَةٌ رِوَايَتَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ، مِنْهُمُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُنُونِهِ وَمُفْرَدَاتِهِ، وَصَحَّحَ فِيهَا عَدَمَ الْمِلْكِ.

وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: إِنَّ أَحْمَدَ لَمْ يَنُصَّ عَلَى الْمِلْكِ وَلَا عَلَى عَدَمِهِ، وَإِنَّمَا نَصَّ عَلَى أَحْكَامٍ أَخَذَ مِنْهَا ذَلِكَ، وَالصَّوَابُ أَنَّهُمْ يَمْلِكُونَهَا مِلْكًا مُقَيَّدًا لَا يُسَاوِي أَمْلَاكَ الْمُسْلِمِينَ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ.

وَلِهَذَا الخِلَافِ فَوَائِدُ:

مِنْهَا: أَنَّ مَنْ وَجَدَ مِنَ الْمُسْلِمِينَ عَيْنَ مَالِهِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ أَخَذَهُ مجَّانًا بِغَيْرِ عِوَضٍ، وَإِنْ وَجَدَهُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يَأْخُذُهُ بِغَيْرِ عِوَضٍ، وَهَلْ يَسْقُطُ حَقُّهُ مِنْهُ بِالْكُلِّيَّةِ أَوْ يَكُونُ أَحَقَّ بِهِ بِالثَّمَنِ؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَاخْتَارَ أَبُو الخَطَّابِ أَنَّهُ أَحَقُّ بِهِ مجَّانًا بِكُلِّ حَالٍ.

وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ فِي هَذَا: هُوَ الْقِيَاسُ؛ لِأَنَّ المِلْكَ لَا يَزُولُ إِلَّا بِهِبَةٍ أَوْ صَدَقَةٍ، وَلَكِنَّ عُمَرَ قَالَ: لَا حَقَّ لَهُ فِيهِ.

وَمِنْهَا: إِذَا قُلْنَا: يَمْلِكُونَ أَمْوَالَ الْمُسْلِمِينَ فَغُنِمَتْ مِنْهُمْ، وَلَمْ يُعْلَمْ أَرْبَابُهَا مِنَ الْمُسْلِمِينَ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ قِسْمَتُهَا وَالتَّصَرُّفُ فِيهَا، وَمَنْ قَالَ: لَا يَمْلِكُوهَا؛ فَقِيَاسُ قَوْلِهِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ قِسْمَتُهَا وَلَا التَّصَرُّفُ، بَلْ تُوقَفُ كَاللُّقَطَةِ، ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمُغْنِي وَغَيْرُهُ.

وَأَمَّا مَا عُرِفَ مَالِكُهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ قِسْمَتُهُ، بَلْ يُرَدُّ إِلَيْهِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ.

وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ غَيْرِ وَاحِدٍ، وَقَيَّدَ ذَلِكَ مِنْ رِوَايَةِ أَبِي دَاوُد فِيمَا إِذَا كَانَ مَالِكُهُ بِالْقُرْبِ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَسْلَمُوا وَفِي أَيْدِيهِمْ أَمْوَالُ الْمُسْلِمِينَ، فَهِيَ لَهُمْ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ، وَقَالَ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ: لَيْسَ بَيْنَ النَّاسِ اخْتِلَافٌ فِي ذَلِكَ، وَهَذَا يَتَنَزَّلُ عَلَى الْقَوْلِ بِالمِلْكِ، فَإِنْ قِيلَ: لَا يَمْلِكُونَهَا، فَهِيَ لِرَبِّهَا مَتَى وَجَدَهَا، وَقَالَهُ أَبُو الخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ.

وَنَفَى صَاحِبُ المُغْنِي الخِلَافَ فِي المَذْهَبِ فِي المَسْأَلَةِ، فَكَأَنَّهُ ظَنَّ أَنَّ أَبَا الخَطَّابِ وَافَقَ عَلَيْهَا، فَإِنَّهُ لَمْ يَقِفْ عَلَى الِانْتِصَارِ، وَلَعَلَّ مَأْخَذَهُ أَنَّ الشَّارِعَ مَلَّكَ الْكَافِرَ بِإِسْلَامِهِ مَا فِي يَدِهِ مِنْ أَمْوَالِ الْمُسْلِمِينَ بِقَوْلِهِ: «**مَنْ أَسْلَمَ عَلَى شَيْءٍ فَهُوَ لَهُ**»[(١)]، فَهَذَا تَمْلِيكٌ جَدِيدٌ يَمْلِكُونَهَا بِهِ، لَا بِالِاسْتِيلَاءِ الْأَوَّلِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّ هَذَا يَرْجِعُ إِلَى كُلِّ مَا قَبَضَهُ الْكَافِرُ مِنَ الْأَمْوَالِ وَغَيْرِهَا قَبْضًا فَاسِدًا يَعْتَقِدُونَ جَوَازَهُ، فَإِنَّهُ يَسْتَقِرُّ لَهُمْ بِالْإِسْلَامِ كَالْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ وَالْأَنْكِحَةِ وَالمَوَارِيثِ وَغَيْرِهَا، وَلِهَذَا لَا يَضْمَنُونَ مَا أَتْلَفُوهُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ مِنَ النُّفُوسِ وَالْأَمْوَالِ بِالْإِجْمَاعِ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ لِمُسْلِمٍ أَمَتَانِ أُخْتَانِ، فَأَبَقَتْ إِحْدَاهُمَا إِلَى دَارِ الحَرْبِ، فَاسْتَوْلَوْا عَلَيْهَا، فَلَهُ وَطْءُ الْبَاقِيَةِ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ زَالَ عَنْ أُخْتِهَا.

وَقِيَاسُ قَوْلِ أَبِي الخَطَّابِ: لَا يَجُوزُ حَتَّى يُحَرِّمَ الْآبِقَةَ بِعِتْقٍ أَوْ نَحْوِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْنَعُ مِنْ وَطْءِ إِحْدَى الْأُخْتَيْنِ ابْتِدَاءً قَبْلَ تَحْرِيمِ الْأُخْرَى.

وَمِنْهَا: لَوِ اسْتَوْلَى الْعَدُوُّ عَلَى مَالِ مُسْلِمٍ، ثُمَّ عَادَ إِلَيْهِ بَعْدَ حَوْلٍ أَوْ أَحْوَالٍ، فَإِنْ قُلْنَا: مَلَكُوهُ؛ فَلَا زَكَاةَ عَلَيْهِ لِمَا مَضَى مِنَ المُدَّةِ بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَإِنْ قُلْنَا: لَمْ يَمْلِكُوهُ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ زَكَاتُهُ لِمَا مَضَى؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ بِنَاءً عَلَى زَكَاةِ المَالِ المَغْصُوبِ وَالضَّائِعِ مِنْ رَبِّهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَعْتَقَ المُسْلِمُ عَبْدَهُ الَّذِي اسْتَوْلَى عَلَيْهِ الْكُفَّارُ، فَإِنْ قُلْنَا: مَلَكُوهُ؛ لَمْ يَعْتِقْ وَإِلَّا عَتَقَ.

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في السنن (١/ ٩٧، رقم ١٩٠).

وَمِنْهَا: لَوْ سَبَى الْكُفَّارُ أَمَةً مُزَوَّجَةً بِمُسْلِمٍ، فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُونَهَا فَالْقِيَاسُ أَنَّهُ يَنْفَسِخُ النِّكَاحُ؛ لِأَنَّهُمْ يَمْلِكُونَ رَقَبَتَهَا وَمَنَافِعَهَا، فَيَدْخُلُ فِيهِ مَنْفَعَةُ بُضْعِهَا، فَيَنْفَسِخُ نِكَاحُ زَوْجِهَا كَمَا يَنْفَسِخُ نِكَاحُ الْكَافِرَةِ الْمَسْبِيَّةِ لِسَبْيِنَا لَهَا لِهَذَا الْمَعْنَى.

وَمِن الْأَصْحَابِ مَنْ عَلَّلَ انْفِسَاخَ الْكَافِرَةِ الْمَسْبِيَّةِ بِالْجَهْلِ بِبَقَاءِ زَوْجِهَا، فَيَكُونُ كَالْمَعْدُومِ، وَعَلَى هَذَا يَمْتَنِعُ انْفِسَاخُ النِّكَاحِ هَاهُنَا.

وَأَبُو الْخَطَّابِ مَنَعَ مِنِ انْفِسَاخِ النِّكَاحِ بِالسَّبْيِ بِكُلِّ حَالٍ، وَهُوَ قَوْلٌ شَاذٌّ وَمُخَالِفٌ الْكِتَابَ وَالسُّنَّةَ.

وَالْعَيْنُ الْمُؤَجَّرَةُ كَالْأَمَةِ الْمُزَوَّجَةِ سَوَاءٌ، فَأَمَّا الزَّوْجَةُ الْحُرَّةُ فَلَا يَنْفَسِخُ النِّكَاحُ بِسَبَبِهَا؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَمْلِكُونَ الْحُرَّةَ بِالسَّبْيِ، فَلَا يَمْلِكُونَ بُضْعَهَا.

وَفِي مَسَائِلِ ابْنِ هَانِئٍ عَنْ أَحْمَدَ: إِذَا سُبِيَتِ الْمَرْأَةُ وَلَهَا زَوْجٌ ثُمَّ اسْتُنْقِذَتْ تَعُودُ إِلَى زَوْجِهَا إِنْ شَاءَتْ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى انْفِسَاخِ النِّكَاحِ بِالسَّبْيِ.

وَوَجْهُهُ أَنَّ مَنَافِعَ الْحُرَّةِ فِي حُكْمِ الْأَمْوَالِ؛ وَلِهَذَا تُضْمَنُ بِالْغَصْبِ عَلَى رَأْيٍ، فَجَازَ أَنْ تُمْلَكَ بِالِاسْتِيلَاءِ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ، وَلَا سِيَّمَا وَالِاسْتِيلَاءُ سَبَبٌ قَوِيٌّ يُمْلَكُ بِهِ مَا لَا يُمْلَكُ بِالْعُقُودِ الِاخْتِيَارِيَّةِ، وَلِهَذَا يَمْلِكُونَ بِهِ الْمَصَاحِفَ وَالرَّقِيقَ الْمُسْلِمَ وَيَمْلِكُونَ بِهِ كَأُمِّ الْوَلَدِ عَلَى رِوَايَةٍ، فَجَازَ أَنْ يَمْلِكُوا بِهِ مَنْفَعَةَ بُضْعِ الْحُرَّةِ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ إِبَاحَةُ وَطْئِهَا لَهُمْ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَهُمْ فِي أَمْوَالِ الْمُسْلِمِينَ لَا يُبَاحُ لَهُمْ، وَإِنْ قِيلَ: إِنَّهُمْ يَمْلِكُونَهَا، وَعَلَى هَذَا فَلَوْ سَبَوْا أَجِيرًا مُسْتَأْجَرًا لِمُسْلِمٍ انْفَسَخَتِ الْإِجَارَةُ أَيْضًا.

وَقَدْ تَأَوَّلَ الآمِدِيُّ قَوْلَ أَحْمَدَ: تَرْجِعُ إِلَيْهِ إِنْ شَاءَتْ؛ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ إِنْ شَاءَتْ تَرْجِعُ إِلَيْهِ فِي الْعِدَّةِ مِنْ وَطْءِ أَهْلِ الحَرْبِ، وَإِنْ شَاءَتِ اعْتَدَّتْ فِي مَوْضِعٍ آخر؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ لَيْسَتْ بِحَقٍّ لَهُ، وَإِنَّمَا هِيَ حَقٌّ عَلَيْهَا لَزِمَهَا فِي غَيْرِ جِهَتِهِ، وَلَا يَخْفَى بُعْدُ هَذَا التَّأْوِيلِ مِنْ كَلَامِ أَحْمَدَ، وَأَنَّ كَلَامَهُ لا يَدُلُّ عَلَيْهِ بِوَجْهٍ.

وَمِنْهَا: لَوِ اسْتَوْلَى الْكُفَّارُ عَلَى مُدَبَّرٍ لِمُسْلِمٍ، ثُمَّ عَادَ إِلَى سَيِّدِهِ، فَهَلْ يَبْطُلُ تَدْبِيرُهُ؟

إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُمْ لَمْ يَمْلِكُوهُ لَمْ يَبْطُلْ، وَإِنْ قُلْنَا: مَلَكُوهُ انْبَنَى عَلَى أَنَّ الْمُدَبَّرَ إِذَا زَالَ المِلْكُ فِيهِ، فَهَلْ يَبْطُلُ التَّدْبِيرُ أَمْ لَا؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَجَزَمَ ابْنُ أَبِي مُوسَى بِبُطْلَانِهِ هَاهُنَا، فَأَمَّا الْمُكَاتَبُ فَلَا تَبْطُلُ كِتَابَتُهُ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ، وَيَبْقَى عَلَى كِتَابَتِهِ، وَكَذَلِكَ الْمَرْهُونُ؛ لِأَنَّ المِلْكَ يَنْتَقِلُ فِيهِ بِالْإِرْثِ وَغَيْرِهِ وَالرَّهْنُ بَاقٍ.

سُؤَالٌ: عِنْدَكُمُ الْكَافِرُ لَا يَمْلِكُ انْتِزَاعَ مِلْكِ الْمُسْلِمِ بِالشُّفْعَةِ قَهْرًا، مَعَ أَنَّهَا مَعْلُومَةٌ، فَكَيْفَ يَمْلِكُ عَلَيْهِ قَهْرًا بِغَيْرِ عِوَضٍ؟

الجَوَابُ عَنْهُ: أَنَّ الْكُفَّارَ لَا يَمْلِكُونَ أَمْوَالَ الْمُسْلِمِينَ بِمُجَرَّدِ الِاسْتِيلَاءِ عَلَى الْمَنْصُوصِ عَنْ أَحْمَدَ، بَلْ بِالحِيَازَةِ إِلَى دَارِهِمْ، فَعَلَى هَذَا لَا يَثْبُتُ لَهُمْ تَمَلُّكٌ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ.

وَعَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى الْمُخَرَّجَةِ أَنَّهُمْ يَمْلِكُونَ بِمُجَرَّدِ الِاسْتِيلَاءِ، فَالْمُسْتَوْلَى عَلَيْهِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ عَقَارًا فَلَا يُتَصَوَّرُ اسْتِيلَاؤُهُمْ عَلَيْهِ إِلَّا بِمَصِيرِ الدَّارِ دَارَ حَرْبٍ، فَلَا مِلْكَ لَهُمْ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ أَيْضًا، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مَنْقُولًا، فَالْمَنْقُولُ يُخَالِفُ

حُكْمُهُ حُكْمَ الْعَقَارِ؛ لِأَنَّ الْعَقَارَ يَخْتَصُّ بِدَارِ الْإِسْلَامِ، وَالْكَافِرُ مُلْتَجِئٌ إِلَيْهَا وَمُسْتَذَمٌّ وَمُتَحَصِّنٌ بِهَا، وَلَيْسَ مِنْ أَهْلِهَا بِالْأَصَالَةِ، فَهُوَ كَالْمُسْتَأْجِرِ مَعَ الْمَالِكِينَ، وَلِهَذَا يُمْنَعُ الْكَافِرُ مِنْ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ عَلَى قَوْلٍ، مَعَ أَنَّهُ زِيَادَةُ عِمَارَةٍ.

وَلَيْسَ الْمَوَاتُ مِلْكًا لِمُعَيَّنٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ، فَكَيْفَ يُمَكَّنُ مِنِ انْتِزَاعِ مِلْكِ الْمُسْلِمِ الْمُعَيَّنِ؟

وَإِذَا كَانَ الْمُسْلِمُ يُبَاحُ لَهُ مُزَاحَمَةُ الْكَافِرِ فِيمَا ثَبَتَ لَهُ فِيهِ حَقُّ رَغْبَةٍ، وَإِبْطَالُ حَقِّهِ مِنْهُ بَعْدَ سَبْقِهِ إِلَيْهِ بِالْخِطْبَةِ عَلَى خِطْبَتِهِ وَالسَّوْمِ عَلَى سَوْمِهِ، كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ اسْتِدْلَالًا بِالْحَدِيثِ، فَكَيْفَ يُمَكَّنُ مِنْ نَقْصِ مِلْكِ الْمُسْلِمِ وَانْتِزَاعِهِ مِنْهُ قَهْرًا بَعْدَ ثُبُوتِ الْمِلْكِ لَهُ؟!

هَذَا بَاطِلٌ قَطْعًا، وَهَذَا أَحْسَنُ مِنَ الِاسْتِدْلَالِ بِقَوْلِهِ: «**وَإِذَا لَقِيتُمُوهُمْ فِي طَرِيقٍ فَاضْطَرُّوهُمْ إِلَى أَضْيَقِهِ**»[1]، مَعَ أَنِّي لَمْ أَرَ أَحَدًا اسْتَدَلَّ بِهِ، وَقَدِ اسْتَدَلَّ أَحْمَدُ بِحَدِيثِ الطَّرِيقِ وَبِالْأَمْرِ بِإِخْرَاجِهِمْ مِنْ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ[2].

▪ **الثَّامِنَةَ عَشْرَةَ**: الْغَنِيمَةُ هَلْ تُمْلَكُ بِالِاسْتِيلَاءِ الْمُجَرَّدِ أَمْ لَا بُدَّ مَعَهُ مِنْ نِيَّةِ التَّمْلِيكِ؟

الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ، أَنَّهَا تُمْلَكُ بِمُجَرَّدِ الِاسْتِيلَاءِ وَإِزَالَةِ أَيْدِي الْكُفَّارِ عَنْهَا، وَهَلْ يُشْتَرَطُ مَعَ ذَلِكَ فِعْلُ الْحِيَازَةِ كَالْمُبَاحَاتِ أَمْ لَا؟

---

(١) أخرجه مسلم: كتاب السلام، باب النهي عن ابتداء أهل الكتاب بالسلام وكيف يرد عليهم، رقم (٢١٦٧).

(٢) أخرجه البخاري: كتاب الجزية، باب إخراج اليهود من جزيرة العرب، رقم (٣١٦٨)، ومسلم: كتاب الوصية، باب ترك الوصية لمن ليس له شيء يوصي فيه، رقم (١٦٣٧).

قَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: لَا يُمْلَكُ بِدُونِ احْتِيَازِ الْمِلْكِ، وَتَرَدَّدَ فِي الْمِلْكِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، هَلْ هُوَ بَاقٍ لِلْكُفَّارِ أَوْ أَنَّ مِلْكَهُم انْقَطَعَ عَنْهَا؟

وَيَنْبَنِي عَلَى هَذَا الخِلَافِ فَوَائِدُ عَدِيدَةٌ:

مِنْهَا: جَرَيَانُهُ فِي حَوْلِ الزَّكَاةِ، فَإِنْ كَانَتِ الْغَنِيمَةُ أَجْنَاسًا لَمْ يَنْعَقِدْ عَلَيْهَا حَوْلٌ بِدُونِ الْقِسْمَةِ وَجْهًا وَاحِدًا؛ لِأَنَّ حَقَّ الْوَاحِدِ مِنْهُمْ لَمْ يَسْتَقِرَّ فِي جِنْسٍ مُعَيَّنٍ، وَإِنْ كَانَتْ جِنْسًا وَاحِدًا فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَنْعَقِدُ الحَوْلُ عَلَيْهِمَا بِالِاسْتِيلَاءِ، بِنَاءً عَلَى حُصُولِ الْمِلْكِ بِهِ، قَالَهُ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ.

وَالثَّانِي: لَا يَنْعَقِدُ بِدُونِ الْقِسْمَةِ، قَالَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَحَكَاهُ عَنْ أَبِي بَكْرٍ، وَبَنَاهُ عَلَى أَنَّ الْمِلْكَ لَا يَثْبُتُ فِيهَا بِدُونِ اخْتِيَارِ التَّمَلُّكِ لَفْظًا، وَهَذَا بَعِيدٌ؛ لِأَنَّ أَبَا بَكْرٍ يَقُولُ بِنُفُوذِ الْعِتْقِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَانْعَقَدَ الحَوْلُ عَلَيْهَا بِاخْتِيَازِ التَّمَلُّكِ دُونَ الْقِسْمَةِ؛ إِذِ الْقِسْمَةُ مُجَرَّدُهَا يُفِيدُ الْمِلْكَ عِنْدَ الْقَاضِي، وَإِنَّمَا مَأْخَذُ أَبِي بَكْرٍ أَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْغَانِمِينَ لَيْسَ عَلَى وَجْهِ الشَّرِكَةِ المَحْضَةِ، وَلِذَلِكَ لَا يَتَعَيَّنُ حَقُّ أَحَدِهِمْ مِنْهَا بِدُونِ حُصُولِهِ لَهُ بِالْقِسْمَةِ، فَلَا يَنْعَقِدُ عَلَيْهَا الحَوْلُ قَبْلَهَا كَمَا لَوْ كَانَتْ أَصْنَافًا.

وَمِنْهَا: لَوْ أَعْتَقَ أَحَدُ الْغَانِمِينَ رَقِيقًا مِنَ المَغْنَمِ بَعْدَ ثُبُوتِ رِقِّهِ أَوْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ بِالمِلْكِ عَتَقَ، وَإِنْ كَانَ بِقَدْرِ حَقِّهِ، وَإِنْ كَانَ حَقُّهُ دُونَهُ فَهُوَ كَمَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا مِنْ عَبْدٍ. نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ المَرُّوذِيِّ وَابْنِ الحَكَمِ، وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ وَالْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ، وَقَالَ فِي الخِلَافِ: لَا يَعْتِقُ حَتَّى يَسْبِقَ تَمَلُّكَهُ لَفْظًا.

وَوَافَقَهُ أَبُو الخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ، وَلَكِنَّهُ أَثْبَتَ المِلْكَ بِمُجَرَّدِ قَصْدِ التَّمَلُّكِ.

وَاخْتَارَ صَاحِبُ المُحَرَّرِ المَنْصُوصَ فِيمَا إِذَا كَانَتِ الْغَنِيمَةُ جِنْسًا وَاحِدًا، وَقَوْلَ الْقَاضِي فِيمَا إِذَا كَانَتْ أَجْنَاسًا كَمَا سَبَقَ فِي الزَّكَاةِ.

وَفِي الْإِرْشَادِ لِابْنِ أَبِي مُوسَى: إِنْ أَعْتَقَ جَارِيَةً مُعَيَّنَةً قَبْلَ الْقِسْمَةِ لَمْ تَعْتِقْ، فَإِنْ حَصَلَتْ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ بِالْقِسْمَةِ عَتَقَتْ. قَالَ: وَإِنْ كَانَ فِي السَّبْيِ مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ بِالمِلْكِ عَتَقَ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ، وَإِلَّا عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ، فَكَأَنَّهُ جَعَلَهُ عِتْقًا قَهْرِيًّا كَالْإِرْثِ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعِتْقِ الِاخْتِيَارِيِّ.

وَمِنْهَا: لَوِ اسْتَوْلَدَ أَحَدُ الْغَانِمِينَ جَارِيَةً مِنَ السَّبْيِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، فَالمَنْصُوصُ أَنَّهَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، وَيَضْمَنُ لِبَقِيَّةِ الْغَانِمِينَ حُقُوقَهُمْ مِنْهَا.

وَقَالَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ: لَا تَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً لَهُ، وَإِنَّمَا يَتَعَيَّنُ حَقُّهُ فِيهَا؛ لِأَنَّ حَمْلَهَا بِحُرٍّ يَمْنَعُ بَيْعَهَا، وَفِي تَأْخِيرِ قِسْمَتِهَا حَتَّى تَضَعَ ضَرَرٌ عَلَى أَهْلِ الْغَنِيمَةِ، فَوَجَبَ تَسْلِيمُهَا إِلَيْهِ مِنْ حَقِّهِ، وَهَذَا بَعِيدٌ جِدًّا.

وَلِأَبِي الخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ طَرِيقَةٌ أُخْرَى، وَهِيَ أَنَّهُ إِنَّمَا نَفَذَ اسْتِيلَادُهَا لِشُبْهَةِ المِلْكِ فِيهَا، وَإِنْ لَمْ يَنْفُذْ إِعْتَاقُهَا كَمَا يَنْفُذُ اسْتِيلَادُ الِابْنِ فِي أَمَةِ أَبِيهِ دُونَ إِعْتَاقِهَا، وَهُوَ أَيْضًا ظَاهِرُ مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ المُحَرَّرِ، وَحَكَى فِي تَعْلِيقِهِ عَلَى الْهِدَايَةِ احْتِمَالًا آخَرَ بِالْفَرْقِ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ الْغَنِيمَةُ جِنْسًا وَاحِدًا أَوْ أَجْنَاسًا كَمَا ذَكَرَهُ فِي الْعِتْقِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَتْلَفَ أَحَدُ الْغَانِمِينَ شَيْئًا مِنَ الْغَنِيمَةِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، فَإِنْ قُلْنَا: المِلْكُ ثَابِتٌ فِيهَا فَعَلَيْهِ ضَمَانُ نَصِيبِ شُرَكَائِهِ خَاصَّةً، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الِاسْتِيلَادِ، وَإِنْ قُلْنَا: المِلْكُ فِيهَا فَعَلَيْهِ ضَمَانُ جَمِيعِهَا.

وَمِنْهَا: لَوْ أَسْقَطَ الْغَانِمُ حَقَّهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، فَفِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى الخِلَافِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُونَهَا لَمْ يَسْقُط الحَقُّ بِذَلِكَ، وَإِلَّا سَقَطَ، وَهُوَ ظَاهِرُ مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَالثَّانِي: يَسْقُطُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ؛ لِضَعْفِ المِلْكِ وَعَدَمِ اسْتِقْرَارِهِ، وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ المُحَرَّرِ وَالتَّرْغِيبِ.

وَمِنْهَا: لَوْ مَاتَ أَحَدُهُمْ قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَالِاحْتِيَازِ، فَالمَنْصُوصُ أَنَّ حَقَّهُ يَنْتَقِلُ إِلَى وَرَثَتِهِ، وَظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي أَنَّهُ وَافَقَ عَلَى ذَلِكَ، وَجَعَلَ المَوْرُوثَ هُوَ الحَقَّ دُونَ المَالِ.

وَفِي التَّرْغِيبِ إِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ بِدُونِ الِاحْتِيَازِ، فَمَنْ مَاتَ قَبْلَهُ فَلَا شَيْءَ لَهُ، وَلَا يُورَثُ عَنْهُ كَحَقِّ الشُّفْعَةِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَالَ عَلَى هَذَا: يَكْتَفِي بِالمُطَالَبَةِ فِي مِيرَاثِ الحَقِّ كَالشُّفْعَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ شَهِدَ أَحَدُ الْغَانِمِينَ بِشَيْءٍ مِنَ المَغْنَمِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، فَإِنْ قُلْنَا: قَدْ مَلَكُوهُ؛ لَمْ يُقْبَلْ، كَشَهَادَةِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ لِلْآخَرِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَمْ يَمْلِكُوا؛ قُبِلَتْ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: وَفِي قَبُولِهَا نَظَرٌ، وَإِنْ قُلْنَا: لَمْ يَمْلِكُوا؛ لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ تَجُرُّ نَفْعًا.

قُلْتُ: هَذَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي مَسْأَلَةِ مَا إِذَا وَطِئَ أَحَدُ الْغَانِمِينَ جَارِيَةً مِنَ المَغْنَمِ، وَذَكَرَ فِي مَسْأَلَةِ السَّرِقَةِ مِنْ بَيْتِ المَالِ وَالْغَنِيمَةِ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ شَهَادَةُ أَحَدِ الْغَانِمِينَ بِمَالٍ مُطْلَقًا، وَهُوَ الْأَظْهَرُ.

▪ **التَّاسِعَةَ عَشْرَةَ: الْقِسْمَةُ هَلْ هِيَ إِفْرَازٌ أَم بَيْعٌ؟**

الْمَذْهَبُ أَنَّ قِسْمَةَ الْإِجْبَارِ، وَهِيَ مَا لَا يَحْصُلُ فِيهِ رَدُّ عِوَضٍ مِنْ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ، وَلَا ضَرَرَ عَلَيْهِ: إِفْرَازٌ، لَا بَيْعٌ.

وَذَهَبَ ابْنُ بطَّةَ إِلَى أَنَّهَا كَالْبَيْعِ فِي أَحْكَامِهِ، وَحَكَى الْآمِدِيُّ رِوَايَتَيْنِ.

قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: الَّذِي يَتَحَرَّرُ عِنْدِي فِيمَا فِيهِ رَدٌّ: أَنَّهُ بَيْعٌ فِيمَا يُقَابِلُ الرَّدَّ، وَإِفْرَازٌ فِي الْبَاقِي؛ لِأَنَّ أَصْحَابَنَا قَالُوا فِي قِسْمَةِ الطَّلْقِ عَنِ الْوَقْفِ: إِذَا كَانَ فِيهَا رَدٌّ مِنْ جِهَةِ صَاحِبِ الْوَقْفِ جَازَ؛ لِأَنَّهُ يَشْتَرِي بِهِ الطَّلْقَ، وَإِنْ كَانَ فِي جِهَةِ صَاحِبِ الطَّلْقِ لَمْ يَجُزْ، وَيَتَفَرَّعُ عَلَى الِاخْتِلَافِ فِي كَوْنِهَا إِفْرَازًا أَوْ بَيْعًا فَوَائِدُ كَثِيرَةٌ:

مِنْهَا: لَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا مَاشِيَةٌ مُشْتَرَكَةٌ، فَاقْتَسَمَاهَا فِي أَثْنَاءِ الْحَوْلِ، وَاسْتَدَامَا خُلْطَةَ الْأَوْصَافِ، فَإِنْ قُلْنَا: الْقِسْمَةُ إِفْرَازٌ لَمْ يَنْقَطِعِ الْحَوْلُ بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَإِنْ قُلْنَا: بَيْعٌ؛ خُرِّجَ عَلَى بَيْعِ الْمَاشِيَةِ بِجِنْسِهَا فِي أَثْنَاءِ الْحَوْلِ، هَلْ يَقْطَعُهُ أَمْ لَا؟

وَمِنْهَا: إِذَا تَقَاسَمَا وَصَرَّحَا بِالتَّرَاضِي وَاقْتَصَرَا عَلَى ذَلِكَ، فَهَلْ يَصِحُّ؟

إِنْ قُلْنَا: هِيَ إِفْرَازٌ؛ صَحَّتْ، وَإِنْ قُلْنَا: بَيْعٌ فَوَجْهَانِ، حَكَاهُمَا صَاحِبُ التَّرْغِيبِ، وَكَأَنَّ مَأْخَذَهُمَا الْخِلَافُ فِي اشْتِرَاطِ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ.

وَظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّهَا تَصِحُّ بِلَفْظِ الْقِسْمَةِ عَلَى الْوَجْهَيْنِ، وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا تَصِحَّ مِن الرِّوَايَةِ الَّتِي حَكَاهَا فِي التَّلْخِيصِ بِاشْتِرَاطِ لَفْظِ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ فِي الْبَيْعِ.

وَمِنْهَا: لَوْ تَقَاسَمُوا ثَمَرَ النَّخْلِ وَالْعِنَبِ عَلَى الشَّجَرِ، أَوِ الزَّرْعِ الْمُشْتَدِّ فِي سُنْبُلِهِ خَرْصًا أَوِ الرِّبَوِيَّات عَلَى مَا يَخْتَارُونَ مِنْ كَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ.

فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ إِفْرَازٌ جَازَ، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْأَثْرَمِ فِي جَوَازِ الْقِسْمَةِ بِالْخَرْصِ، وَإِنْ قُلْنَا: بَيْعٌ؛ لَمْ يَصِحَّ.

وَفِي التَّرْغِيبِ إِشَارَةٌ إِلَى خِلَافٍ فِي الْجَوَازِ مَعَ الْقَوْلِ بِالْإِفْرَازِ، وَكَذَلِكَ لَوْ تَقَاسَمُوا الثَّمَرَ عَلَى الشَّجَرِ قَبْلَ صَلَاحِهِ بِشَرْطِ التَّبْقِيَةِ فَيَجُوزُ عَلَى الْقَوْلِ بِالْإِفْرَازِ دُونَ الْبَيْعِ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ بَعْضُ الْعَقَارِ وَقْفًا وَبَعْضُهُ طَلْقًا، وَطَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ جَازَتْ إِنْ قُلْنَا: هِيَ إِفْرَازٌ، وَإِنْ قُلْنَا: بَيْعٌ؛ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ لِلْوَقْفِ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْكُلُّ وَقْفًا فَهَلْ يَجُوزُ قِسْمَتُهُ؟

فِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ كَإِفْرَازِ الطَّلْقِ مِنَ الْوَقْفِ سَوَاءً، وَهُوَ الْمَجْزُومُ بِهِ فِي الْمُحَرَّرِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَا يَصِحُّ قِسْمَتُهُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا عَلَى الْأَصَحِّ، وَهِيَ طَرِيقَةُ التَّرْغِيبِ.

وَعَلَى الْقَوْلِ بِالْجَوَازِ فَهُوَ مُخْتَصٌّ بِمَا إِذَا كَانَ وَقْفًا عَلَى جِهَتَيْنِ، لَا عَلَى جِهَةٍ وَاحِدَةٍ، صَرَّحَ بِهِ الْأَصْحَابُ، نَقَلَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ.

وَمِنْهَا: قِسْمَةُ الْمَرْهُونِ كُلِّهِ أَوْ نِصْفِهِ مُشَاعًا، إِنْ قُلْنَا: هِيَ إِفْرَازٌ صَحَّتْ، وَإِنْ قُلْنَا: بَيْعٌ؛ لَمْ تَصِحَّ، وَلَوِ اسْتَقَرَّ بِهَا الْمُرْتَهِنُ فَإِنَّ رَهَنَهُ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ حِصَّتَهُ مِنْ حَقٍّ مُعَيَّنٍ مِنْ دَارٍ ثُمَّ اقْتَسَمَا فَحَصَلَ الْبَيْتُ فِي حِصَّةِ شَرِيكِهِ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي أَنَّهُ لَا يُمْنَعُ مِنْهُ عَلَى الْقَوْلِ بِالْإِفْرَازِ.

قَالَ صَاحِبُ الْمُغْنِي: يُمْنَعُ مِنْهُ.

وَمِنْهَا: إِذَا اقْتَسَمَا أَرْضًا فَبَنَى أَحَدُهُمَا فِي نَصِيبِهِ وَغَرَسَ، ثُمَّ اسْتُحِقَّتِ الْأَرْضُ يُقْلَعُ غَرْسُهُ وَبِنَاؤُهُ، فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ إِفْرَازٌ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى شَرِيكِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: بَيْعٌ؛ رَجَعَ عَلَيْهِ بِقِيمَةِ الْقَبْضِ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالْحَالِ دُونَهُ، ذَكَرَهُ فِي الْمُغْنِي، وَجَزَمَ الْقَاضِي بِالرُّجُوعِ عَلَيْهِ مَعَ قَوْلِهِ: إِنَّ الْقِسْمَةَ إِفْرَازٌ.

وَمِنْهَا: ثُبُوتُ الْخِيَارِ فِيهَا، وَفِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَنْبَنِي عَلَى الْخِلَافِ، وَإِنْ قُلْنَا: إِفْرَازٌ؛ لَمْ يَثْبُتْ فِيهَا خِيَارٌ، وَإِنْ قُلْنَا: بَيْعٌ ثَبَتَ، وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْفُصُولِ وَالتَّلْخِيصِ، وَفِيهِ مَا يُوهِمُ اخْتِصَاصَ الْخِلَافِ فِي خِيَارِ الْمَجْلِسِ، فَأَمَّا خِيَارُ الْمَجْلِسِ فَلَا يَثْبُتُ فِيهَا عَلَى الْوَجْهَيْنِ.

وَالثَّانِي: يَثْبُتُ فِيهَا خِيَارُ الْمَجْلِسِ وَخِيَارُ الشَّرْطِ عَلَى الْوَجْهَيْنِ، قَالَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ مُعَلِّلًا بِأَنَّ ذَلِكَ جُعِلَ لِلِارْتِيَاءِ فِيمَا فِيهِ الْحَظُّ، وَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ فِي الْقِسْمَةِ.

وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ: وَهَذَا صَرِيحٌ فِي أَنَّ قِسْمَةَ التَّرَاضِي إِفْرَازٌ؛ لِأَنَّ قِسْمَةَ الْإِجْبَارِ لَا مَعْنَى لِثُبُوتِ الْخِيَارِ فِيهَا؛ إِذْ فِي كُلِّ لَحْظَةٍ يُمْلَكُ الْإِجْبَارُ فَلَا يَقَعُ ثُبُوتُ الْخِيَارِ فِي فَسْخِهَا.

وَذَكَرَ أَيْضًا أَنَّهُ حَيْثُ وَجَبَتِ الْقِسْمَةُ فَيَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ لَازِمَةً؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَوْ فَسَخَهَا كَانَ لِلْآخَرِ مُطَالَبَتُهُ بِإِعَادَتِهَا، فَلَا فَائِدَةَ فِيهِ، وَقَدْ يَكُونُ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى أَحَدِهِمَا، فَإِنَّهُ قَدْ يَتَصَرَّفُ فِيمَا حَصَلَ لَهُ وَلِغَيْرِهِ، فَإِذَا انْقَضَتِ الْقِسْمَةُ تَقَرَّرَ بِذَلِكَ وَلَمْ يَحْصُلْ لَهُ الِانْتِفَاعُ، وَلَا سِيَّمَا إِنْ تَكَرَّرَ ذَلِكَ مِنْ شَرِيكِهِ مُضَارَّةً.

قُلْتُ: وَيَشْهَدُ لِهَذَا مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ فِي الْمُعْسِرِ بِالنَّفَقَةِ، فَإِذَا طَلَّقَ الحَاكِمُ عَلَيْهِ رَجْعِيًّا، ثُمَّ ارْتَجَعَ مِنْ غَيْرِ يَسَارٍ، تَجَدَّدَ لَهُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ رَجْعَتُهُ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ إِعَادَةِ الضَّرَرِ الَّذِي أَزَلْنَاهُ بِالطَّلَاقِ.

وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي عُمَدِ الْأَدِلَّةِ، وَصَاحِبُ الْمُغْنِي: لَهُ الرَّجْعَةُ، فَإِذَا ارْتَجَعَ عَادَتِ الْمُطَالَبَةُ لَهُ، فَإِنْ طَلَّقَ عَلَيْهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الطَّلَاقَ الثَّلَاثَ، وَأَخَذَهُ ابْنُ عَقِيلٍ مِنَ الْمُولِي إِذَا طَلَّقَ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ بَعْدَ طَلَبِ الْفَيْئَةِ طَلَاقًا رَجْعِيًّا، فَإِنَّ لَهُ رَجْعَتَهَا وَيُطَالَبُ بِالْفَيْئَةِ ثَانِيًا، وَالْقَاضِي يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ رَجْعَةَ الْمُولِي أَقْرَبُ إِلَى حُصُولِ مَقْصُودِ الْمَرْأَةِ مِنَ الْفَيْئَةِ مِنْ حَالِ الْعِدَّةِ الْجَارِيَةِ إِلَى الْبَيْنُونَةِ، بِخِلَافِ رَجْعَةِ الْمُعْسِرِ.

وَلَكِنْ لَا يَتَوَجَّهُ عَلَى قَوْلِ ابْنِ عَقِيلٍ التَّمْكِينُ مِنْ فَسْخِ قِسْمَةِ الْإِجْبَارِ هُنَا؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ فِي الطَّلَاقِ لَا يَتَأَبَّدُ؛ لِأَنَّهُ مَحْدُودٌ بِثَلَاثِ مَرَّاتٍ، بِخِلَافِ ضَرَرِ الْفَسْخِ هُنَا، فَإِنَّهُ يَكُونُ لَا نِهَايَةَ لَهُ.

وَذَكَرَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أَنَّ الْمُولِيَ إِذَا طَلَّقَ لَمْ يَكُنْ مِنَ الرَّجْعَةِ إِلَّا بِشَرْطِ أَنْ يَفِيءَ؛ لِأَنَّ أَصْلَ الرَّجْعَةِ إِنَّمَا أَبَاحَهَا اللهُ لِمَنْ أَرَادَ الْإِصْلَاحَ، فَكَيْفَ بِالْمُولِي الَّذِي يُظْهِرُ قَصْدَ الْإِضْرَارِ، فَلَا يُمَكَّنُ مِنَ الرَّجْعَةِ بِدُونِ شَرْطِ الْفَيْئَةِ؛ لِأَنَّ ارْتِجَاعَهُ زِيَادَةٌ فِي الْإِضْرَارِ.

وَذَكَرَ فِي الْكَافِي فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّهُمَا إِنِ اقْتَسَمَا بِأَنْفُسِهِمَا لَمْ يَلْزَمِ الْقِسْمَةُ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا وَتَفَرُّقِهِمَا كَالْبَيْعِ، وَإِنْ قَسَمَ بَيْنَهُمَا الحَاكِمُ أَوْ قَسَمَهُ عَدْلٌ عَالِمٌ نَصَّفَاهُ بَيْنَهُمَا، لَزِمَتْ قِسْمَتُهُ بِغَيْرِ رِضَاهُمَا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهَا رَدٌّ فَوَجْهَانِ، نَظَرًا إِلَى أَنَّهَا

بَيْعٌ، فَيَقِفُ عَلَى الرِّضَاءِ وَإِلَى أَنَّ الْمُقَاسِمَ كَالحَاكِمِ وَقُرْعَتَهُ كَحُكْمِهِ.

وَمِنْهَا: ثُبُوتُ الشُّفْعَةِ فِيهَا، وَفِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: بِنَاؤُهُ عَلَى الخِلَافِ، فَإِنْ قُلْنَا: إِفْرَازٌ لَمْ يَثْبُتْ وَإِلَّا ثَبَتَ، وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ السَّامَرِّيُّ فِي بَابِ الرِّبَا.

وَالثَّانِي: لَا يُوجِبُ الشُّفْعَةَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ، قَالَهُ الْقَاضِي وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ لَثَبَتَ الْآخَرُ عَلَيْهِ، فَيَتَنَافَيَانِ.

وَمِنْهَا: قِسْمَةُ الْمُتَشَارِكَيْنِ فِي الْهَدْيِ وَالْأَضَاحِيِّ اللَّحْمَ، فَإِنْ قُلْنَا: إِفْرَازٌ؛ جَازَتْ، وَإِنْ قُلْنَا: بَيْعٌ؛ لَمْ يَجُزْ، وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَبِيعُ فَقَاسَمَ، فَإِنْ قُلْنَا: الْقِسْمَةُ بَيْعٌ؛ حَنِثَ، وَإِلَّا فَلَا، ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ.

وَقَدْ يُقَالُ: الْأَيْمَانُ مَحْمُولَةٌ عَلَى الْعُرْفِ، وَلَا تُسَمَّى الْقِسْمَةُ بَيْعًا فِي الْعُرْفِ، فَلَا يَحْنَثُ بِهَا وَلَا بِالحَوَالَةِ وَلَا بِالْإِقَالَةِ، وَإِنْ قِيلَ: هِيَ بُيُوعٌ.

وَمِنْهَا: لَوِ اقْتَسَمَ الْوَرَثَةُ الْعَقَارَ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ أَوْ وَصِيَّةٌ، فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ إِفْرَازٌ؛ فَالْقِسْمَةُ بَاقِيَةٌ عَلَى الصِّحَّةِ، وَإِنْ قُلْنَا: بَيْعٌ فَوَجْهَانِ؛ بِنَاءً عَلَى الخِلَافِ فِي بَيْعِ التَّرِكَةِ الْمُسْتَغْرَقَةِ بِالدَّيْنِ، وَقَدْ سَبَقَ.

وَمِنْهَا: لَوْ ظَهَرَ فِي الْقِسْمَةِ غَبْنٌ فَاحِشٌ، فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ إِفْرَازٌ لَمْ تَصِحَّ؛ لِتَبَيُّنِ فَسَادِ الْإِفْرَازِ، وَإِنْ قُلْنَا: بَيْعٌ؛ صَحَّتْ وَثَبَتَ فِيهَا خِيَارُ الْغَبْنِ، ذَكَرَهُ فِي التَّرْغِيبِ وَالْبُلْغَةِ.

وَمِنْهَا: لَو اقْتَسَمَا دَارًا نِصْفَيْنِ ظَهَرَ بَعْضُهَا مُسْتَحَقًّا، فَإِنْ قُلْنَا: الْقِسْمَةُ إِفْرَازٌ انْتَقَضَتِ الْقِسْمَةُ؛ لِفَسَادِ الْإِفْرَازِ، وَإِنْ قُلْنَا: بَيْعٌ لَمْ تَنْتَقِضْ، وَيَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِقَدْرِ حَقِّهِ فِي الْمُسْتَحَقِّ، كَمَا إِذَا قُلْنَا بِذَلِكَ فِي تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ، كَمَا لَوِ اشْتَرَى دَارًا فَبَانَ بَعْضُهَا مُسْتَحَقًّا، ذَكَرَهُ الْآمِدِيُّ.

وَفِي الْمُحَرَّرِ: إِنْ كَانَ الْمُسْتَحَقُّ مُعَيَّنًا، وَهُوَ فِي الْحِصَّتَيْنِ، فَالْقِسْمَةُ بِحَالِـهَا، وَلَمْ يَحْكِ خِلَافًا.

وَذَكَرَهُ صَاحِبُ الْكَافِي احْتِمَالًا بِالْبُطْلَانِ، بِنَاءً عَلَى عَدَمِ تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ إِذَا قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ، وَإِنْ كَانَ الْمُسْتَحَقُّ مُعَيَّنًا فِي إِحْدَى الْحِصَّتَيْنِ أَوْ شَائِعًا فِيهِمَا أَوْ فِي أَحَدِهِمَا، فَثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ فِي الْمُحَرَّرِ:

أَحَدُهَا: تَبْطُلُ، **وَالثَّانِي:** لَا تَبْطُلُ.

وَالثَّالِثُ: تَبْطُلُ بِالْإِشَاعَةِ فِي إِحْدَاهُمَا خَاصَّةً، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي.

وَالْأَوَّلُ اخْتِيَارُ الْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ، مَعَ قَوْلِهِمَا بِتَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ.

قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: وَالْوَجْهَانِ الْأَوَّلَانِ فَرْعٌ عَلَى قَوْلِنَا بِتَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ فِي الْمَبِيعِ، فَأَمَّا إِنْ قُلْنَا: لَا تَفْرِيقَ هُنَاكَ بَطَلَتْ هَاهُنَا وَجْهًا وَاحِدًا.

وَفِي الْبُلْغَةِ: إِذَا ظَهَرَ بَعْضُ حِصَّةِ أَحَدِهِمَا مُسْتَحَقًّا انْتَقَضَتِ الْقِسْمَةُ، وَإِنْ ظَهَرَتْ حِصَّتُهَا عَلَى اسْتِوَاءِ النِّسْبَةِ وَكَانَ مُعَيَّنًا لَمْ يَنْتَقِضْ، وَإِذَا عَلَّلْنَا بِفَسَادِ تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ بِالْجَهَالَةِ، وَإِنْ عَلَّلْنَاهُ فَسَعَى عَلَى مَا لَا يَجُوزُ بَطَلَتْ، وَإِنْ كَانَ الْمُسْتَحَقُّ مُشَاعًا انْتَقَضَتِ الْقِسْمَةُ فِي الْجَمِيعِ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: إِذَا مَاتَ رَجُلٌ وَزَوْجَتُهُ حَامِلٌ، وَقُلْنَا: لَهَا السُّكْنَى، فَأَرَادَ الْوَرَثَةُ قِسْمَةَ الْمَسْكَنِ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ مِنْ غَيْرِ إِضْرَارٍ بِهَا، بِأَنْ يُعْلِمُوا الْحُدُودَ بِخَطٍّ أَوْ نَحْوِهِ بِغَيْرِ نَقْصٍ وَلَا بِنَاءٍ، فَفِي الْمُغْنِي: يَجُوزُ ذَلِكَ، وَلَمْ يُنَبِّهْ عَلَى الْخِلَافِ فِي الْقِسْمَةِ، مَعَ أَنَّهُ قَالَ: لَا يَصِحُّ بَيْعُ الْمَسْكَنِ فِي هَذِهِ الْحَالِ؛ لِجَهَالَةِ مُدَّةِ الْحَمْلِ الْمُسْتَثْنَاةِ فِيهِ حُكْمًا.

وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ هَذَا يُغْتَفَرُ فِي الْقِسْمَةِ عَلَى الْوَجْهَيْنِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَالَ مَتَى قُلْنَا: الْقِسْمَةُ بَيْعٌ، وَإِنَّ بَيْعَ هَذَا الْمَسْكَنُ يَصِحُّ؛ لَمْ تَصِحَّ الْقِسْمَةُ.

وَمِنْهَا: قِسْمَةُ الدَّيْنِ فِي ذِمَمِ الْغُرَمَاءِ، فَإِنْ قُلْنَا: الْقِسْمَةُ إِفْرَازٌ؛ صَحَّتْ، وَإِنْ قُلْنَا: بَيْعٌ؛ لَمْ تَصِحَّ.

وَقَدْ حَكَى الْأَصْحَابُ فِي الْمَسْأَلَةِ رِوَايَتَيْنِ، وَهَذَا الْبِنَاءُ مُتَوَجِّهٌ عَلَى طَرِيقَةِ مَنْ طَرَدَ الْخِلَافَ فِي قِسْمَةِ التَّرَاضِي؛ كَالشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، مَعَ أَنَّهُ يَمِيلُ إِلَى دُخُولِ الْإِجْبَارِ فِي قِسْمَةِ الدَّيْنِ عَلَى الْغُرَمَاءِ الْمُتَقَارِبِينَ فِي الْمَلَاءَةِ؛ لِأَنَّ الذِّمَمَ عِنْدَنَا تَتَكَافَأُ بِدَلِيلِ الْإِجْبَارِ عَلَى قَبُولِ الْحَوَالَةِ عَلَى الْمَلِيِّ.

وَخَصَّ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ الرِّوَايَتَيْنِ بِمَا إِذَا كَانَ الدَّيْنُ فِي ذِمَّتَيْنِ فَصَاعِدًا، فَإِنْ كَانَ فِي ذِمَّةٍ وَاحِدَةٍ لَمْ تَصِحَّ قِسْمَتُهُ رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَأَنْكَرَ ذَلِكَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ، وَيَشْهَدُ لِقَوْلِهِ أَنَّ الْقَاضِيَ فِي خِلَافِهِ قَالَ: إِذَا قَبَضَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ مِنَ الدَّيْنِ بِإِذْنِ شَرِيكِهِ اخْتَصَّ بِمَا قَبَضَهُ، وَفَرَّقَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ بَيْنَ الدَّيْنِ الثَّابِتِ بِعَقْدٍ فَيَخْتَصُّ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ بِمَا قَبَضَهُ مِنْهُ، وَلَوْ بِغَيْرِ إِذْنٍ، وَبَيْنَ الثَّابِتِ بِإِرْثٍ وَنَحْوِهِ فَلَا يَخْتَصُّ.

وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ عَلَى الِاشْتِرَاكِ فِي ثَمَنِ الطَّعَامِ الْمُشْتَرَكِ، وَنَصَّ فِي رِوَايَتِهِ عَلَى جَوَازِ الْقِسْمَةِ بِالتَّرَاضِي فِي الذِّمَّةِ الْوَاحِدَةِ.

وَسَلَكَ صَاحِبُ الْمُغْنِي فِي تَوْجِيهِ الرِّوَايَتَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ طَرِيقَةً ثَانِيَةً، وَهِيَ أَنَّ قَبْضَ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ مِنَ الدَّيْنِ الْمُشْتَرَكِ هَلْ هُوَ قِسْمَةٌ لِلدَّيْنِ أَوْ تَعْيِينٌ لِحَقِّهِ بِالْأَخْذِ كَالْإِبْرَاءِ؟

فَإِنْ قُلْنَا: هُوَ قِسْمَةٌ؛ لَمْ يَجُزْ لِأَحَدِهِمَا الِانْفِرَادُ بِالْقَبْضِ، فَإِنْ أَذِنَ الشَّرِيكُ فِيهِ فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَصِحُّ، وَيَنْفَرِدُ بِهِ الْقَابِضُ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لِشَرِيكِهِ، وَقَدْ أَسْقَطَهُ.

وَالثَّانِي: لَا يَصِحُّ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ؛ لِأَنَّ حَقَّ الشَّرِيكِ فِي الذِّمَّةِ، لَا فِي عَيْنِ الْمَالِ، فَلَا يَنْفُذُ إِذْنُهُ فِي قَبْضِ الْأَعْيَانِ.

وَفِيهِ ضَعْفٌ؛ فَإِنَّ الْأَعْيَانَ هِيَ مُتَعَلَّقُ حَقِّهِ، وَكَذَلِكَ يَتَعَلَّقُ حُقُوقُ غُرَمَاءِ الْمُفْلِسِ بِمَالِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَيْسَ الْقَبْضُ قِسْمَةً جَازَ؛ لِأَنَّ حَقَّ الشَّرِيكِ فِي الذِّمَّةِ، وَلَا يَنْتَقِلُ إِلَى الْعَيْنِ إِلَّا بِقَبْضِ الْغَرِيمِ أَوْ وَكِيلِهِ، فَقَبْضُ الشَّرِيكِ تَعَيَّنَ لِحَقِّهِ، لَا غَيْر، فَيَخْتَصُّ بِهِ دُونَ شَرِيكِهِ، سَوَاءٌ كَانَ بِإِذْنِ الشَّرِيكِ أَوْ بِدُونِهِ.

وَكَذَلِكَ حَكَى صَاحِبُ الْمُغْنِي هَذِهِ الرِّوَايَةَ، وَذَكَرَ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَيْهَا، وَقَدْ أَنْكَرَهَا أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ، وَيَتَوَجَّهُ عِنْدِي فِي تَوْجِيهِ الرِّوَايَتَيْنِ طَرِيقَةٌ ثَالِثَةٌ، وَهِيَ أَنَّ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ إِذَا قَبَضَ مِنَ الدَّيْنِ فَإِنَّمَا قَبَضَ حَقَّهُ الْمُخْتَصَّ بِهِ، لَكِنْ لَيْسَ لَهُ الْقَبْضُ دُونَ شَرِيكِهِ؛ لِاشْتِرَاكِهِمَا فِي أَصْلِ الِاسْتِحْقَاقِ، كَغُرَمَاءِ الْمُفْلِسِ، فَإِذَا قَبَضَ بِدُونِ إِذْنِ شَرِيكِهِ، فَهَلْ لِشَرِيكِهِ مُقَاسَمَتُهُ فِيمَا قَبَضَهُ أَمْ لَا؟

عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ؛ فَوَجْهُ المُحَاصَّةِ الْقِيَاسُ عَلَى قَبْضِ بَعْضِ الشُّرَكَاءِ مِنَ الْأَعْيَانِ الْمُشْتَرَكَةِ بِدُونِ قِسْمَةٍ، كَالمَوَارِيثِ، أَوْ مِنَ الْأَعْيَانِ الْمُتَعَلِّقِ بِهَا حُقُوقُهُمْ؛ كَمَالِ الْمُفْلِسِ، وَوَجْهُ عَدَمِ المُحَاصَّةِ أَنَّ المَقْبُوضَ مِنَ الدَّيْنِ كُلِّهِ حَقٌّ لِلْقَابِضِ، وَلِهَذَا لَوْ أُتْلِفَ فِي يَدِهِ كَانَ مِنْ نَصِيبِهِ وَلَمْ يَضْمَنْ لِشَرِيكِهِ شَيْئًا، بِخِلَافِ الْقَبْضِ مِنَ الْأَعْيَانِ، فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَقْبِضَ بِإِذْنِ الشَّرِيكِ أَوْ بِدُونِهِ.

وَعَلَى الْأُولَى إِنْ قَبَضَ بِإِذْنِهِ، فَهَلْ لَهُ مُحَاصَّةٌ فِيهِ؟

عَلَى وَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي المُحَاصَّةِ إِنَّمَا ثَبَتَ بَعْدَ الْقَبْضِ، فَهُوَ كَإِسْقَاطِ الشُّفْعَةِ قَبْلَ الْبَيْعِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَقَدْ يُقَالُ: التَّرَاضِي بِقَبْضِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَعْضَ الدَّيْنِ قِسْمَةً لَهُ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ فِي الْأَعْيَانِ تَقَعُ فِي المُحَاسَبَةِ وَالْأَقْوَالِ فِي المَنْصُوصِ، فَكَذَا فِي الدُّيُونِ، وَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمُشْتَرَكُ بَعْضُهُ عَيْنًا وَبَعْضُهُ دَيْنًا فَأَخَذَ بَعْضُ الشُّرَكَاءِ الْعَيْنَ وَبَعْضُهُمُ الدَّيْنَ، وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى جَوَازِهِ مَعَ الْكَرَاهَةِ، وَحَكَاهُ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ وَقَالَ: لَا يَكُونُ إِلَّا فِي المِيرَاثِ.

وَخَرَّجَهُ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ عَلَى الْقَوْلِ بِجَوَازِ بَيْعِ الدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ الْغَرِيمِ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْقِسْمَةَ بَيْعٌ بِغَيْرِ خِلَافٍ عِنْدَهُ، وَعَلَى مَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ قَدْ يَطَّرِدُ فِيهَا الخِلَافُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَمِنْهَا: قَبَضَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَهُ مِنَ المَالِ الْمُشْتَرَكِ المِثْلِيِّ مَعَ غَيْبَةِ الْآخَرِ وَامْتِنَاعِهِ مِنَ الْإِذْنِ بِدُونِ إِذْنِ الحَاكِمِ، وَفِيهِ وَجْهَانِ سَبَقَ ذِكْرُهُمَا فِي الْقَوَاعِدِ، وَالْوَجْهَانِ عَلَى قَوْلِنَا: الْقِسْمَةُ إِفْرَازٌ، فَإِنْ قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ لَمْ يَجُزْ وَجْهًا وَاحِدًا، فَأَمَّا

غَيْرُ المِثْلِيِّ فَلَا يُقْسَمُ إِلَّا مَعَ الشَّرِيكِ، أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ، كَالْوَصِيِّ وَالْوَلِيِّ وَالحَاكِمِ.

وَمِنْهَا: لَوِ اقْتَسَمَا دَارًا فَحَصَلَ الطَّرِيقُ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمَا، وَلَمْ يَكُنْ لِلْآخَرِ مَنْفَذٌ يَتَطَرَّقُ مِنْهُ، فَقَالَ أَبُو الخَطَّابِ وَصَاحِبُ المُغْنِي وَالمُحَرَّرِ: تَبْطُلُ الْقِسْمَةُ.

وَخَرَّجَ صَاحِبُ الْمُغْنِي فِيهِ وَجْهًا آخَرَ أَنَّهَا تَصِحُّ، وَيَشْتَرِكَانِ فِي الطَّرِيقِ مِنْ نَصِّ أَحْمَدَ عَلَى اشْتِرَاكِهِمَا فِي مَسِيلِ المَاءِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِيمَا سَبَقَ فِي الْقَوَاعِدِ.

وَيَتَوَجَّهُ أَنْ يُقَالَ: إِنْ قُلْنَا: الْقِسْمَةُ إِفْرَازٌ بَطَلَتْ، وَإِنْ قُلْنَا: بَيْعٌ صَحَّتْ، وَلَزِمَ الشَّرِيكَ تَمْكِينُهُ مِنَ الِاسْتِطْرَاقِ، بِنَاءً عَلَى قَوْلِ الْأَصْحَابِ: إِذَا بَاعَهُ بَيْتًا مِنْ وَسَطِ دَارِهِ، وَلَمْ يَذْكُرْ طَرِيقًا؛ صَحَّ الْبَيْعُ وَاسْتُتْبِعَ طَرِيقُهُ، كَمَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ لَوِ اشْتَرَطَ عَلَيْهِ الِاسْتِطْرَاقَ فِي الْقِسْمَةِ؛ صَحَّ.

قَالَ الشَّيْخُ مَجْدُ الدِّينِ: هَذَا قِيَاسُ مَذْهَبِنَا فِي جَوَازِ بَيْعِ المَمَرِّ.

وَمِنْهَا: لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِمَّا اشْتَرَاهُ زَيْدٌ، فَاشْتَرَى زَيْدٌ وَعَمْرٌو طَعَامًا مُشَاعًا، وَقُلْنَا: يَحْنَثُ بِالْأَكْلِ مِنْهُ فَتَقَاسَمَاهُ، ثُمَّ أَكَلَ الحَالِفُ مِنْ نَصِيبِ عَمْرٍو، فَذَكَرَ الْآمِدِيُّ أَنَّهُ لَا يَحْنَثُ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ إِفْرَازُ حَقٍّ لَا بَيْعٌ، وَهَذَا لَا يَقْضِي أَنَّهُ يَحْنَثُ إِذَا قُلْنَا: هِيَ بَيْعٌ.

وَقَالَ الْقَاضِي: قِيَاسُ المَذْهَبِ أَنَّهُ يَحْنَثُ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ لَا تُخْرِجُهُ عَنْ أَنْ يَكُونَ زَيْدٌ اشْتَرَاهُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا بِأَكْلِ مَا اشْتَرَاهُ زَيْدٌ، وَلَوِ انْتَقَلَ المِلْكُ عَنْهُ إِلَى غَيْرِهِ.

وَفِي المَعْنَى احْتِمَالٌ: لَا يَحْنَثُ هُنَا، وَعَلَيْهِ يَتَخَرَّجُ أَنَّهُ لَا يَحْنَثُ إِذَا قُلْنَا: الْقِسْمَةُ بَيْعٌ.

وَنَخْتِمُ هَذِهِ الْفَوَائِدَ بِذِكْرِ فَائِدَتَيْنِ، بَلْ قَاعِدَتَيْنِ، يَكْثُرُ ذِكْرُهُمَا فِي مَسَائِلِ الْفِقْهِ، وَانْتَشَرَ فُرُوعُهُمَا انْتِشَارًا كَثِيرًا، وَنَذْكُرُ ضَوَابِطَهُمَا وَأَقْسَامَهُمَا.

▪ الْعِشْرُونَ:

الْفَائِدَةُ الْأُولَى: التَّصَرُّفَاتُ لِلْغَيْرِ بِدُونِ إِذْنِهِ، هَلْ تَقِفُ عَلَى إِجَازَتِهِ أَمْ لَا؟ وَيُعَبَّرُ عَنْهَا بِتَصَرُّفِ الْفُضُولِيِّ، وَتَحْتَهَا أَقْسَامٌ:

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: أَنْ تَدْعُوَ الحَاجَةُ إِلَى التَّصَرُّفِ فِي مَالِ الْغَيْرِ أَوْ حَقِّهِ، وَيَتَعَذَّرُ اسْتِئْذَانُهُ؛ إِمَّا لِلْجَهْلِ بِعَيْنِهِ، أَوْ لِغَيْبَتِهِ وَمَشَقَّةِ انْتِظَاره، فَهَذَا التَّصَرُّفُ مُبَاحٌ جَائِزٌ مَوْقُوفٌ عَلَى الْإِجَازَةِ، وَهُوَ فِي الْأَمْوَالِ غَيْرُ مُخْتَلَفٍ فِيهِ فِي المَذْهَبِ، وَغَيْرُ مُحْتَاجٍ إِلَى إِذْنِ حَاكِمٍ؛ عَلَى الصَّحِيحِ.

وَفِي الْأَبْضَاعِ مُخْتَلَفٌ فِيهِ، غَيْرَ أَنَّ الصَّحِيحَ مِن المَذْهَبِ جَوَازُهُ أَيْضًا، وَفِي افْتِقَارِهِ إِلَى الحَاكِمِ خِلَافٌ.

فَأَمَّا الْأَمْوَالُ فَكَالتَّصَرُّفِ بِاللُّقَطَةِ الَّتِي لَا تُمْلَكُ، وَكَالتَّصْدِيقِ بِالْوَدَائِعِ وَالْغُصُوبِ الَّتِي لَا يُعْرَفُ رَبُّهَا أَوِ انْقَطَعَ خَبَرُهُ.

وَقَدْ سَبَقَ فِي الْقَوَاعِدِ اسْتِقْصَاءُ هَذَا النَّوْعِ، وَيَكُونُ ذَلِكَ مَوْقُوفًا، فَإِنْ أَجَازَهُ المَالِكُ وَقَعَ لَهُ أَجْرُهُ، وَإِلَّا ضَمِنَهُ الْمُتَصَرِّفُ، وَكَانَ أَجْرُهُ لَهُ، صَرَّحَ بِهِ الصَّحَابَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

وَأَمَّا الْأَبْضَاعُ فَتَزْوِيجُ امْرَأَةِ المَفْقُودِ إِذَا كَانَتْ غَيْبَتُهُ ظَاهِرُهَا الْهَلَاكُ، فَإِنَّ امْرَأَتَهُ تَتَرَبَّصُ أَرْبَعَ سِنِينَ، ثُمَّ تَعْتَدُّ، وَتُبَاحُ لِلْأَزْوَاجِ، وَفِي تَوَقُّفِ ذَلِكَ عَلَى الحَاكِمِ رِوَايَتَانِ.

وَاخْتُلِفَ فِي مَأْخَذِهِمَا، فَقِيلَ: لِأَنَّ أَمَارَاتِ مَوْتِهِ ظَاهِرَةٌ، فَهُوَ كَالْمَيِّتِ حُكْمًا، وَقِيلَ: بَلْ لِأَنَّ انْتِظَارَهُ يَعْظُمُ بِهِ الضَّرَرُ عَلَى زَوْجَتِهِ، فَيُبَاحُ لَـهَا فَسْخُ نِكَاحِهِ، كَمَا لَوْ ضَارَّهَا بِالْغَيْبَةِ وَامْتَنَعَ مِنَ الْقُدُومِ مَعَ الْمُرَاسَلَةِ.

وَعَلَى هَذَيْنِ الْمَأْخَذَيْنِ يَنْبَنِي أَنَّ الْفُرْقَةَ هَلْ تَبْطُلُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا أَوْ ظَاهِرًا فَقَطْ؟

وَيَنْبَنِي الِاخْتِلَافُ فِي طَلَاقِ الوَلِيِّ لَـهَا، وَلَهُ مَأْخَذٌ ثَالِثٌ -وَهُوَ الْأَظْهَرُ- وَهُوَ أَنَّ الحَاجَةَ دَعَتْ هُنَا إِلَى التَّصَرُّفِ فِي حَقِّهِ مِنْ بُضْعِ الزَّوْجَةِ بِالْفَسْخِ عَلَيْهِ، فَيَصِحُّ الْفَسْخُ، وَيُزَوِّجُهَا بِغَيْرِهِ ابْتِدَاءً لِلْحَاجَةِ، فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ فَالْأَمْرُ عَلَى مَا هُوَ عَلَيْهِ، وَإِنْ ظَهَرَ فَإِنَّ ذَلِكَ مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَازَتِهِ، فَإِذَا قَدِمَ فَإِنْ شَاءَ أَمْضَاهُ وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ.

وَالْقِسْمُ الثَّانِي: أَنْ لَا تَدْعُوَ الحَاجَةُ إِلَى هَذَا التَّصَرُّفِ ابْتِدَاءً، بَلْ إِلَى صِحَّتِهِ وَتَنْفِيذِهِ بِـأَنْ تَطُـولَ مُدَّةُ التَّصَرُّفِ وَتَكْثُرَ وَيَتَعَدَّدَ اسْتِرْدَادُ أَعْيَانِ أَمْوَالِـهِ، فَلِلْأَصْحَابِ فِيهِ طَرِيقَانِ:

أَشْهَرُهُمَا: أَنَّهُ عَلَى الخِلَافِ الْآتِي ذِكْرُهُ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يُنَفِّذُهَا هُنَا بِدُونِ إِجَازَةٍ دَفْعًا لِضَرَرِ المَالِكِ بِتَفْوِيتِ الرِّبْحِ وَضَرَرِ الْمُشْتَرِي بِتَحْرِيمِ مَا قَبَضُوهُ بِهَذِهِ الْعُقُودِ.

وَهَذِهِ طَرِيقَـةُ صَاحِبِ التَّلْخِيصِ فِي بَابِ الْمُضَارَبَةِ، وَصَاحِبِ الْمُغْنِي فِي مَوْضِعٍ مِنْهُ.

وَالْقِسْمُ الثَّالِثُ: أَنْ لَا تَدْعُوَ الحَاجَةُ إِلَى ذَلِكَ ابْتِدَاءً وَلَا دَوَامًا، فَهَذَا الْقِسْمُ فِي بُطْلَانِ التَّصَرُّفِ فِيهِ مِنْ أَصْلِهِ وَوُقُوفِهِ عَلَى إِجَازَةِ المَالِكِ وَتَنْفِيذِهِ رِوَايَتَانِ مَعْرُوفَتَانِ، وَاعْلَمْ أَنَّ لِتَصَرُّفِ الشَّخْصِ فِي مَالِ غَيْرِهِ حَالَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ لِمَالِكِهِ، فَهَذَا مَحَلُّ الخِلَافِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ، وَهُوَ نَائِبٌ فِي التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ بِالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَنَحْوِهِمَا.

وَأَمَّا فِي النِّكَاحِ فَلِلْأَصْحَابِ فِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: إِجْرَاؤُهُ عَلَى الخِلَافِ، وَهُوَ مَا قَالَ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرُونَ.

وَالثَّانِي: الجَزْمُ بِبُطْلَانِهِ قَوْلًا وَاحِدًا، وَهُوَ طَرِيقُ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ أَبِي مُوسَى.

وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى التَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ، فَعَلَى هَذَا لَوْ زَوَّجَ المَرْأَةَ أَجْنَبِيٌّ، ثُمَّ أَجَازَ الْوَلِيُّ؛ لَمْ يَنْفُذْ بِغَيْرِ خِلَافٍ، كَمَا لَوْ زَوَّجَتِ المَرْأَةُ نَفْسَهَا.

نَعَمْ، لَوْ زَوَّجَ غَيْرُ الْأَبِ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ الصَّغِيرَةَ بِدُونِ إِذْنِهَا، أَوْ زَوَّجَ الْوَلِيُّ الْكَبِيرَةَ بِدُونِ إِذْنِهَا، فَهَلْ يَبْطُلُ مِنْ أَصْلِهِ أَوْ يَقِفُ عَلَى إِجَازَتِهَا؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ، ذَكَرَ ذَلِكَ ابْنُ أَبِي مُوسَى.

الحَالَةُ الثَّانِيَةُ: أَنْ يَتَصَرَّفَ لِنَفْسِهِ وَهُوَ الْغَاصِبُ، وَمَنْ يَتَمَلَّكُ مَالَ غَيْرِهِ لِنَفْسِهِ فَيُجِيزُهُ لَهُ المَالِكُ، فَأَمَّا الْغَاصِبُ فَذَكَرَ أَبُو الخَطَّابِ فِي جَمِيعِ تَصَرُّفَاتِهِ الحُكْمِيَّةِ رِوَايَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: الْبُطْلَانُ.

وَالثَّانِيَةُ: الصِّحَّةُ.

قَالَ: وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ الْعِبَادَاتُ كَالطَّهَارَةِ وَالزَّكَاةِ وَالحَجِّ، وَالْعُقُودُ كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَالنِّكَاحِ، وَعَلَى ذَلِكَ جَمَاعَةٌ مِمَّنْ بَعْدَهُ، ثُمَّ مِنْهُمْ مَنْ أَطْلَقَ هَذَا الخِلَافَ غَيْرَ مُقَيَّدٍ بِالْوَقْفِ عَلَى الْإِجَازَةِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَيَّدَهُ بِهَا كَالْقَاضِي فِي خِلَافِهِ، وَابْنِ عَقِيلٍ، وَصَاحِبِ الْمُغْنِي فِي مَوْضِعٍ مِنْ كَلَامِهِمَا.

فَإِنْ أُرِيدَ بِالصِّحَّةِ مِنْ غَيْرِ وَقْفٍ عَلَى الْإِجَازَةِ وُقُوعُ التَّصَرُّفِ مِنَ المَالِكِ وَإِفَادَةُ ذَلِكَ لِلْمَالِكِ لَهُ، فَهُوَ الطَّرِيقُ الثَّانِي فِي الْقِسْمِ الثَّانِي الَّذِي سَبَقَ ذِكْرُهُ، وَإِنْ أُرِيدَ الْوُقُوعُ لِلْغَاصِبِ مِنْ غَيْرِ إِجَازَةٍ فَفَاسِدٌ قَطْعًا فِي صُورَةِ شِرَائِهِ فِي الذِّمَّةِ إِذَا نَفَذَ المَالُ مِنَ المَغْصُوبِ، فَإِنَّ المِلْكَ ثَبَتَ لَهُ فِيهَا، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ المَرُّوذِيِّ، وَلَا يُنَافِي ذَلِكَ قَوْلَنَا: إِنَّ الرِّبْحَ لِلْمَالِكِ؛ لِأَنَّهُ فَائِدَةُ مَالِهِ وَيَلْزَمُهُ، فَيَخْتَصُّ بِهِ، وَإِنْ كَانَ أَصْلُ المِلْكِ لِغَيْرِهِ، صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ.

وَمِنْ فُرُوعِ ذَلِكَ فِي الْعِبَادَاتِ المَالِيَّةِ: لَوْ أَخْرَجَ الزَّكَاةَ عَنْ مَالِهِ مِنْ مَالٍ حَرَامٍ؛ فَالمَشْهُورُ أَنَّهُ يَقَعُ بَاطِلًا، وَحُكِيَ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ إِنْ أَجَازَهُ المَالِكُ أَجْزَأَتْهُ وَإِلَّا فَلَا.

وَمِنْهَا: لَوْ تَصَدَّقَ الْغَاصِبُ بِالمَالِ فَإِنَّهُ لَا تَقَعُ الصَّدَقَةُ لَهُ، وَلَا يُثَابُ عَلَيْهِ، قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**لَا يَقْبَلُ اللهُ صَلَاةً بِغَيْرِ طَهُورٍ، وَلَا صَدَقَةً مِنْ غُلُولٍ**»(١)، وَلَا يُثَابُ المَالِكُ عَلَى ذَلِكَ أَيْضًا لِعَدَمِ نِسْبَتِهِ إِلَيْهِ.

ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي فُنُونِهِ، وَنَقَلَ نَحْوَهُ عَنْ سَعِيدِ بْنِ المُسَيِّبِ.

---

(١) أخرجه مسلم: كتاب الطهارة، باب وجوب الطهارة للصلاة، رقم (٢٢٤).

وَمِنَ النَّاسِ مَنْ قَالَ: يُثَابُ المَالِكُ عَلَيْهِ، وَرَجَّحَهُ بَعْضُ شُيُوخِنَا؛ لِأَنَّ هَذَا الْبِرَّ تَوَلَّدَ مِنْ مَالٍ اكْتَسَبَهُ، فَيُؤْجَرُ وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْهُ، كَمَا يُؤْجَرُ عَلَى المَصَائِبِ الَّتِي تُولِدُ لَهُ خَيْرًا، وَعَلَى عَمَلِ وَلَدِهِ الصَّالِحِ، وَعَلَى مَا يَنْتَفِعُ بِهِ النَّاسُ وَالدَّوَابُّ مِنْ زَرْعِهِ وَثِمَارِهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ غَصَبَ شَاةً فَذَبَحَهَا لِمُتْعَتِهِ، أَوْ قِرَانِهِ مَثَلًا، فَإِنَّهُ لَا يُجْزِئُهُ، صَرَّحَ بِهِ الْأَصْحَابُ، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ عَلِيِّ بْنِ سَعِيدٍ؛ لِأَنَّ أَصْلَ الذَّبْحِ لَمْ يَقَعْ قُرْبَةً مِنَ الِابْتِدَاءِ، فَلَا يَنْقَلِبُ قُرْبَةً بَعْدَهُ، كَمَا لَوْ ذَبَحَهَا لِلَحْمِهَا ثُمَّ نَوَى بِهَا المُتْعَةَ.

وَحَكَى الْأَصْحَابُ رِوَايَةً مَوْقُوفَةً عَلَى إِجَازَةِ المَالِكِ كَالزَّكَاةِ، وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى الْفَرْقِ بَيْنَ أَنْ يَعْلَمَ أَنَّهَا لِغَيْرِهِ فَلَا يُجْزِيهِ، وَبَيْنَ أَنْ يَظُنَّهَا لِنَفْسِهِ فَتَجْزِيهِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَسِنْدِيٍّ، وَسَوَّى كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ بَيْنَهُمَا فِي حِكَايَةِ الخِلَافِ، وَلَا يَصِحُّ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَنْكَحَ الْأَمَةَ المَغْصُوبَةَ، وَفِي وَقْفِهِ عَلَى الْإِجَازَةِ الخِلَافُ، وَعَلَى طَرِيقَةِ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ أَبِي مُوسَى: هُوَ بَاطِلٌ قَوْلًا وَاحِدًا، وَيَبْعُدُ هَاهُنَا الْقَوْلُ بِنُفُوذِهِ مُطْلَقًا وَبِدُونِ إِجَازَةٍ، بَلْ هُوَ بَاطِلٌ مُخَالِفٌ لِنَصِّ السُّنَّةِ وَلِنُصُوصِ أَحْمَدَ المُتَكَاثِرَةِ.

وَأَمَّا مَنْ يَتَمَلَّكُ مَالَ غَيْرِهِ لِنَفْسِهِ بِعِوَضٍ أَوْ غَيْرِهِ فَيُجِيزُهُ لِمَالِكٍ، فَهُوَ شَبِيهٌ بِتَصَرُّفِ الْفُضُولِيِّ المَحْضِ، فَيُخَرَّجُ عَلَى الخِلَافِ فِيهِ.

وَمِنْ صُوَرِ ذَلِكَ: مَا إِذَا قَالَ: عَبْدُ فُلَانٍ حُرٌّ فِي مَالِي، فَأَجَازَهُ المَالِكُ، فَالمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يَنْفُذُ.

وَخَرَّجَ ابْنُ أَبِي مُوسَى وَجْهًا بِنُفُوذِهِ بِالْإِجَازَةِ، وَيَلْزَمُهُ ضَمَانُهُ.

الْقِسْمُ الرَّابِعُ: التَّصَرُّفُ لِلْغَيْرِ فِي الذِّمَّةِ دُونَ الْمَالِ بِغَيْرِ وِلَايَةٍ عَلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ بِعَقْدِ نِكَاحٍ فَفِيهِ الْخِلَافُ السَّابِقُ، وَإِنْ كَانَ بِبَيْعٍ وَنَحْوِهِ، مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِيَ فِي ذِمَّتِهِ، فَطَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ غَيْرُ الْخِلَافِ أَيْضًا، قَالَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ فِي مَوْضِعٍ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي الِانْتِصَارِ.

وَالثَّانِي: الْجَزْمُ بِالصِّحَّةِ هَاهُنَا قَوْلًا وَاحِدًا، ثُمَّ إِنْ أَجَازَهُ الْمُشْتَرِي لَهُ مِلْكُهُ، وَإِلَّا لَزِمَ مَنِ اشْتَرَاهُ، وَهُوَ قَوْلُ الْخِرَقِيِّ وَالْأَكْثَرِينَ.

وَقَالَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ آخَرَ وَابْنُ عَقِيلٍ: يَصِحُّ بِغَيْرِ خِلَافٍ، لَكِنْ هَلْ يَلْزَمُ الْمُشْتَرِيَ ابْتِدَاءً أَوْ بَعْدَ رَدِّ الْمُشْتَرِي لَهُ؟

عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَاخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ هَلْ تَفْتَقِرُ الْحَالُ بَيْنَ أَنْ يُسَمَّى الْمُشْتَرَى لَهُ فِي الْعَقْدِ أَمْ لَا؛ فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا، مِنْهُمُ ابْنُ عَقِيلٍ وَصَاحِبُ الْمُغْنِي، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِنْ سَمَّاهُ فِي الْعَقْدِ فَهُوَ كَمَا لَوِ اشْتَرَى لَهُ بِعَيْنِ مَالِهِ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ فِي غَالِبِ ظَنِّي وَابْنُ المنى، وَهُوَ مَفْهُومُ كَلَامِ صَاحِبِ الْمُحَرَّرِ.

الْقِسْمُ الْخَامِسُ: التَّصَرُّفُ فِي مَالِ الْغَيْرِ بِإِذْنِهِ عَلَى وَجْهٍ تَحْصُلُ فِيهِ مُخَالَفَةُ الْإِذْنِ، وَهُوَ نَوْعَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ تَحْصُلَ مُخَالَفَةُ الْإِذْنِ عَلَى وَجْهٍ يُرْضَى بِهِ عَادَةً، بِأَنْ يَكُونَ التَّصَرُّفُ الْوَاقِعُ أَوْلَى بِالرِّضَا بِهِ مِنَ الْمَأْذُونِ فِيهِ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَصِحُّ اعْتِبَارًا فِيهِ بِالْإِذْنِ الْعُرْفِيِّ.

وَمِنْ صُوَرِ ذَلِكَ: مَا لَوْ قَالَ: بِعْهُ بِمِائَةٍ، فَبَاعَهُ بِمِائَتَيْنِ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: اشْتَرِ لِي بِمِائَةٍ، فَاشْتَرَى لَهُ بِثَمَانِينَ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ لَهُ: بِعْهُ بِمِائَةٍ نَسِيئَةً، فَبَاعَهُ بِمِائَةٍ نَقْدًا؛ فَإِنَّهُ يَصِحُّ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ: بِعْهُ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ فَبَاعَهُ بِمِائَةِ دِينَارٍ؛ فَإِنَّهُ يَصِحُّ عَلَى الصَّحِيحِ، وَفِيهِ وَجْهٌ: لَا يَصِحُّ؛ لِمُخَالَفَتِهِ فِي جِنْسِ النَّقْدِ.

وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ: بِعْ هَذِهِ الشَّاةَ بِدِينَارٍ، فَبَاعَهَا بِدِينَارٍ وَثَوْبٍ، أَوِ ابْتَاعَ شَاةً وَثَوْبًا بِدِينَارٍ؛ فَإِنَّهُ يَصِحُّ.

قَالَ الْقَاضِي: هُوَ الْمَذْهَبُ، ثُمَّ ذَكَرَ احْتِمَالًا أَنَّهُ يَبْطُلُ فِي الثَّوْبِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الشَّاةِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ.

وَمِنْهَا: لَوْ أَمَرَ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ شَاةً بِدِينَارٍ، فَاشْتَرَى شَاتَيْنِ بِالدِّينَارَيْنِ تُسَاوِي كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا دِينَارًا، فَإِنَّهُ يَصِحُّ لِذَلِكَ، فَإِنْ بَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدُونِ إِذْنِهِ فَفِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُخَرَّجُ عَلَى التَّصَرُّفِ الْفُضُولِيِّ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ صَحِيحٌ وَجْهًا وَاحِدًا، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ؛ لِخَبَرِ عُرْوَةَ بْنِ الْجَعْدِ[1]، وَلِأَنَّ مَا فَوْقَ الشَّاةِ الْمَأْمُورِ بِهَا لَمْ يَتَعَيَّنْ أَنَّهُ صَحِيحٌ، فَصَارَ مَوْكُولًا إِلَى نَظَرِهِ وَمَا يَرَاهُ.

النَّوْعُ الثَّانِي: أَنْ يَقَعَ التَّصَرُّفُ مُخَالِفًا لِلْإِذْنِ عَلَى وَجْهٍ لَا يَرْضَى بِهِ الْآذِنُ عَادَةً، مِثْلُ مُخَالَفَةِ الْمُضَارِبِ وَالْوَكِيلِ فِي صَفْقَةِ الْعَقْدِ دُونَ أَصْلِهِ، كَأَنْ يَبِيعَ

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب المناقب، رقم (٣٦٤٢).

الْمُضَارِبُ نَسْأً عَلَى قَوْلِنَا بِمَنْعِهِ مِنْهُ، أَوْ يَبِيعَ الْوَكِيلُ بِدُونِ ثَمَنِ الْمِثْلِ، أَوْ يَشْتَرِيَ بِأَكْثَرَ مِنْهُ، أَوْ يَبِيعَ نَسْأً أَوْ بِغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ.

صَرَّحَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ بِاسْتِوَاءِ الْجَمِيعِ فِي الْحُكْمِ، فَلِلْأَصْحَابِ هَاهُنَا طُرُقٌ:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ يَصِحُّ، وَيَكُونُ الْمُتَصَرِّفُ ضَامِنًا لِلْمَالِكِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَمَنِ اتَّبَعَهُ فِي الْمُخَالَفَةِ فِي الثَّمَنِ؛ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ هُنَا مُسْتَنَدُ أَصْلِهِ إِلَى إِذْنٍ صَحِيحٍ، وَإِنَّمَا وَقَعَتِ الْمُخَالَفَةُ فِي بَعْضِ أَوْصَافِهِ، فَيَصِحُّ الْعَقْدُ بِأَصْلِ الْإِذْنِ، وَيَضْمَنُ الْمُخَالِفُ لِمُخَالَفَتِهِ فِي صِفَتِهِ.

وَعَلَى هَذَا فَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَبِيعَ الْوَكِيلُ بِدُونِ ثَمَنِ الْمِثْلِ أَوْ يَشْتَرِيَ بِأَكْثَرَ مِنْهُ عَلَى الْمَنْصُوصِ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ.

وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا وَأَبْطَلَهُ فِي صُورَةِ الشِّرَاءِ؛ كَصَاحِبِ الْمُغْنِي وَالسَّامَرِّيِّ، وَلَا فَرْقَ أَيْضًا بَيْنَ أَنْ يُقَدِّرَ لَهُ الثَّمَنَ أَوْ لَا عَلَى أَصَحِّ الطَّرِيقَيْنِ.

وَصَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ، وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى ذَلِكَ فِي رِوَايَةِ الْأَثْرَمِ وَأَبِي دَاوُد وَابْنِ مَنْصُورٍ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَبْطُلُ الْعَقْدُ مَعَ مُخَالَفَتِهِ التَّسْمِيَةَ؛ لِمُخَالَفَةِ صَرِيحِ الْإِذْنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يُسَمِّهِ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا خَالَفَ دَلَالَةَ الْعُرْفِ، وَمَنْ قَالَ ذَلِكَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ وَابْنُ عَقِيلٍ فِي فُصُولِهِ.

وَفَرَّقَ الْقَاضِي فِي خِلَافِهِ وَكَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ بَيْنَ الْبَيْعِ نَسْأً وَبِغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ، فَأَبْطَلَهُ فِيهِمَا، بِخِلَافِ نَقْصِ الثَّمَنِ وَزِيَادَتِهِ، وَفَرَّقُوا بِأَنَّ الْمُخَالَفَةَ فِي النَّسَاءِ

وَغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَد وَقَعَتْ فِي جَمِيعِ الْعَقْدِ، وَفِي النَّقْصِ وَالزِّيَادَةِ وَفِي بَعْضِهِ، وَفِيهِ ضَعْفٌ، وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى التَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ.

وَالطَّرِيقَةُ الثَّانِيَةُ: أَنَّ فِي الجَمِيعِ رِوَايَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: الصِّحَّةُ وَالضَّمَانُ.

وَالثَّانِيَةُ: الْبُطْلَانُ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي المُجَرَّدِ وَابْنِ عَقِيلٍ، وَصَحَّحَا رِوَايَةَ الْبُطْلَانِ، وَتَأَوَّلَا رِوَايَةَ الضَّمَانِ عَلَى بُطْلَانِ الْعَقْدِ، وَأَنَّ الْعَيْنَ تَعَذَّرَ رَدُّهَا، فَيَأْخُذُ المَالِكُ الثَّمَنَ وَيَضْمَنُ المُشْتَرِي مَا نَقَصَ مِنْ قِيمَةِ السِّلْعَةِ مِنَ الثَّمَنِ.

وَهَذَا بَعِيدٌ جِدًّا، وَهُوَ مُخَالِفٌ لِصَرِيحِ كَلَامِ أَحْمَدَ، وَحَاصِلُ هَذِهِ الطَّرِيقَةِ أَنَّ هَذِهِ المُخَالَفَةَ كَتَصَرُّفِ الْفُضُولِيِّ سَوَاء.

وَظَاهِرُ كَلَامِ الخِرَقِيِّ فِي الْوَقْفِ هَاهُنَا عَنِ الْإِجَازَةِ دُونَ المُخَالَفَةِ لِأَصْلِ الْعَقْدِ، مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِعَيْنِ مَالِهِ مَا لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي شِرَائِهِ، فَإِنَّهُ صَرَّحَ فِي الْبُطْلَانِ هَاهُنَا، وَجَعَلَهُ كَتَصَرُّفِ الْفُضُولِيِّ المَحْضِ.

وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللهِ وَصَالِحٍ فِيمَنْ أَمَرَ رَجُلًا أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ شَيْئًا فَخَالَفَهُ، كَانَ ضَامِنًا، فَإِنْ شَاءَ الَّذِي أَعْطَاهُ ضَمِنَهُ وَأَخَذَ مَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ، وَإِنْ شَاءَ أَجَازَ الْبَيْعَ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ رِبْحٌ فَهُوَ لِصَاحِبِ المَالِ عَلَى حَدِيثِ عُرْوَةَ وَالْبَارِقِيِّ، وَهَذَا نَصٌّ لِلْوَقْفِ بِالمُخَالَفَةِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يُقَيِّدْهُ بِالمُخَالِفَةِ بِالصِّفَةِ.

وَالطَّرِيقَةُ الثَّالِثَةُ: أَنَّ فِي الْبَيْعِ بِدُونِ ثَمَنِ المِثْلِ وَغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ إِذَا لَمْ يُقَدِّرْ لَهُ الثَّمَنَ وَلَا عَيَّنَ النَّقْدَ رِوَايَتَيْنِ: الْبُطْلَانُ؛ كَتَصَرُّفِ الْفُضُولِيِّ، وَالصِّحَّةُ.

وَلَا يَضْمَنُ الْوَكِيلُ شَيْئًا؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الْعَقْدِ يَقْتَضِي الْبَيْعَ بِأَيِّ ثَمَنٍ كَانَ، وَأَيِّ نَقْدٍ كَانَ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْأَمْرَ بِالمَاهِيَّةِ الْكُلِّيَّةِ لَيْسَ أَمْرًا بِشَيْءٍ مِنْ جُزْئِيَّاتِهَا، وَالْبَيْعُ نَسأً كَالْبَيْعِ بِغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ، وَهَذِهِ الطَّرِيقَةُ سَلَكَهَا الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ، وَابْنُ عَقِيلٍ أَيْضًا فِي مَوْضِعٍ آخَرَ، وَهِيَ بَعِيدَةٌ جِدًّا؛ لِمُخَالَفَتِهِ لِمَنْصُوصِ أَحْمَدَ.

وَكَذَلِكَ حُكْمُ الْمُخَالَفَةِ فِي الْمَهْرِ، فَلَوْ أَذِنَتِ الْمَرْأَةُ لِوَلِيِّهَا أَنْ يُزَوِّجَهَا بِمَهْرٍ سَمَّتْهُ فَزَوَّجَهَا بِدُونِهِ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ، وَيَضْمَنُ الزِّيَادَةَ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ.

وَحَكَى الْأَصْحَابُ رِوَايَةً أُخْرَى أَنَّهُ يَسْقُطُ الْمُسَمَّى، وَيَلْزَمُ الزَّوْجَ مَهْرُ الْمِثْلِ، وَكَذَا لَوْ لَمْ يُسَمَّ الْمَهْرُ فَإِنَّ الْإِطْلَاقَ يَنْصَرِفُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَيُسْتَثْنَى مِنْ ذَلِكَ الْأَبُ خَاصَّةً، فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُ فِي عَقْدِهِ سِوَى الْمُسَمَّى، وَلَوْ لَمْ تَأْذَنْ فِيهِ أَوْ طَلَبَتْ تَمَامَ الْمَهْرِ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا.

وَأَمَّا الْمُخَالَفَةُ فِي عِوَضِ الْخُلْعِ إِذَا خَالَعَ وَكِيلُ الزَّوْجَةِ بِأَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، أَوْ وَكِيلُ الزَّوْجِ بِدُونِهِ، فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ:

الْبُطْلَانُ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ حَامِدٍ وَالْقَاضِي.

وَالصِّحَّةُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ وَمَنْصُوصُ أَحْمَدَ.

وَالْبُطْلَانُ بِمُخَالَفَتِهِ وَكِيلَهُ، وَالصِّحَّةُ بِمُخَالَفَتِهِ وَكِيلَهَا، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ.

وَمَعَ الصِّحَّةِ يَضْمَنُ الْوَكِيلُ الزِّيَادَةَ وَالنَّقْصَ، وَهَذَا الْخِلَافُ مِنَ الْأَصْحَابِ، مِنْهُمْ مَنْ أَطْلَقَهُ مَعَ تَقْدِيرِ الْمَهْرِ وَتَرْكِهِ، وَمِنْهُمْ مَنْ خَصَّهُ بِمَا إِذَا وَقَعَ التَّقْدِيرُ،

فَأَمَّا مَعَ الْإِطْلَاقِ فَيَصِحُّ الْخُلْعُ وَجْهًا وَاحِدًا، وَفِيهِ وَجْهَانِ آخَرَانِ ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي:

أَحَدُهُمَا: يَبْطُلُ الْمُسَمَّى، وَيَرْجِعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ.

وَالثَّانِي: يُخَيَّرُ الزَّوْجُ بَيْنَ قَبُولِ الْعِوَضِ نَاقِصًا، وَلَا شَيْءَ لَهُ غَيْرُهُ، وَيَسْقُطُ حَقُّهُ مِنَ الرَّجْعَةِ، وَبَيْنَ رَدِّهِ عَلَى الْمَرْأَةِ، وَيَثْبُتُ لَهُ الرَّجْعَةُ.

وَفِي مُخَالَفَةِ وَكِيلِ الزَّوْجَةِ وَجْهٌ آخَرُ، أَنَّهُ يَلْزَمُهَا أَكْثَرُ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الْمُسَمَّى وَمَهْرِ الْمِثْلِ، ذَكَرَهُ ابْنُ الْبَنَّا.

الْقِسْمُ السَّادِسُ: التَّصَرُّفُ لِلْغَيْرِ بِمَالِ الْمُتَصَرِّفِ، مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِعَيْنِ مَالِهِ سِلْعَةً لِزَيْدٍ، فَفِي الْمُجَرَّدِ: يَقَعُ بَاطِلًا رِوَايَةً وَاحِدَةً.

وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ خَرَّجَهُ عَلَى الْخِلَافِ فِي تَصَرُّفِ الْفُضُولِيِّ، وَهُوَ أَصَحُّ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ يَقِفُ عَلَى الْإِجَازَةِ، وَيُعْتَبَرُ الثَّمَنُ مِنْ مَالِهِ يَكُونُ إِقْرَاضًا لِلْمُشْتَرِي لَهُ، أَوْ هِبَةً لَهُ، فَهُوَ كَمَنْ وَجَبَ لِغَيْرِهِ عَقْدٌ فِي مَالِهِ فَقَبِلَهُ الْآخَرُ بَعْدَ الْمَجْلِسِ.

وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى صِحَّةِ مِثْلِ ذَلِكَ فِي النِّكَاحِ فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ، وَالصَّحِيحُ فِي تَوْجِيهِهَا أَنَّهَا مِنْ بَابِ وَقْفِ الْعُقُودِ عَلَى الْإِجَازَةِ، وَهُوَ مَأْخَذُ ابْنِ عَقِيلٍ وَغَيْرِهِ.

فَعَلَى هَذَا لَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ عَقْدٍ وَعَقْدٍ، فَكُلُّ مَنْ أَوْجَبَ عَقْدَ الْغَائِبِ عَنِ الْمَجْلِسِ فَبَلَغَهُ فَقَبِلَهُ فَقَدْ أَجَازَهُ وَأَمْضَاهُ، وَيَصِحُّ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ.

وَحَكَى أَبُو بَكْرٍ رِوَايَةً أُخْرَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِلَّا فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ، وَاخْتَارَهَا.

■ الحَادِيَةُ وَالْعِشْرُونَ:

الْفَائِدَةُ الثَّانِيَةُ: الصَّفْقَةُ الْوَاحِدَةُ هَلْ تَتَفَرَّقُ فَيَصِحُّ بَعْضُهَا دُونَ بَعْضٍ أَمْ لَا، فَإِذَا بَطَلَ بَعْضُهَا بَطَلَ كُلُّهَا؟

فِي المَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ، أَشْهَرُهُمَا أَنَّهَا تَتَفَرَّقُ، وَلِلْمَسْأَلَةِ صُوَرٌ:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ يَجْمَعُ الْعَقْدَيْنِ مَا يَجُوزُ الْعَقْدُ عَلَيْهِ وَمَا لَا يَجُوزُ بِالْكُلِّيَّةِ؛ إِمَّا مُطْلَقًا، أَوْ فِي تِلْكَ الحَالِ، فَيَبْطُلُ الْعَقْدُ فِيمَا لَا يَجُوزُ عَلَيْهِ الْعَقْدُ بِانْفِرَادِهِ، وَهَلْ يَبْطُلُ فِي الْبَاقِي؟ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ.

وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ عُقُودِ المُعَاوَضَاتِ وَغَيْرِهَا؛ كَالرَّهْنِ وَالْهِبَةِ وَالْوَقْفِ، وَلَا بَيْنَ مَا يَبْطُلُ بِجَهَالَةِ عِوَضِهِ كَالمَبِيعِ، وَمَا لَا يَبْطُلُ كَالنِّكَاحِ، فَإِنَّ النِّكَاحَ فِيهِ رِوَايَتَانِ مَنْصُوصَتَانِ عَنْ أَحْمَدَ، غَيْرَ أَنَّ صَاحِبَ المُغْنِي اخْتَارَ أَنَّ الْبَيْعَ إِذَا كَانَ الثَّمَنُ مُنْقَسِمًا عَلَيْهِ بِالْقِيمَةِ كَعَبْدَيْنِ أَحَدُهُمَا مَغْصُوبٌ؛ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْعَقْدُ فِيهِمَا؛ تَعْلِيلًا بِجَهَالَةِ الْعِوَضِ، بِخِلَافِ مَا يُقْسَمُ الثَّمَنُ عَلَيْهِ بِالْأَجْزَاءِ؛ كَقَفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ وَاحِدَةٍ، وَهَذَا مَأْخَذُ الْبُطْلَانِ وَرَاءَ تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ، كَمَا لَوْ قَالُوا فِيمَا إِذَا بَاعَ مَعْلُومًا وَمَجْهُولًا: إِنَّهُ لَا يَصِحُّ رِوَايَةً وَاحِدَةً؛ لِجَهَالَةِ الثَّمَنِ، فَهَذَا هُوَ المَانِعُ هُنَا مِنْ تَفْرِيقِهِمَا.

وَفِي التَّلْخِيصِ أَنَّ لِلْبُطْلَانِ فِي الْكُلِّ مَأْخَذَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: كَوْنُ الصَّفَةِ لَا تَقْبَلُ التَّجْزِئَةَ وَالِانْقِسَامَ.

وَالثَّانِي: جَهَالَةُ الْعِوَضِ.

قَالَ: فَعَلَى الْأَوَّلِ يَطَّرِدُ الخِلَافُ فِي كُلِّ الْعُقُودِ، وَعَلَى الثَّانِي لَا يَطَّرِدُ فِيمَا لَا عِوَضَ فِيهِ أَوْ لَا يَفْسُدُ بِفَسَادِ عِوَضِهِ كَالنِّكَاحِ.

قَالَ: عَلَى الْأَوَّلِ لَوْ قَالَ: يُقْبَلُ كُلُّ وَاحِدٍ بِكَذَا؛ لَمْ يَصِحَّ، وَيَصِحُّ عَلَى الثَّانِي. انْتَهَى.

ثُمَّ إِنَّهُ حَكَى فِي تَعَدُّدِ الصَّفْقَةِ تَفْصِيلَ الثَّمَنِ وَجْهَيْنِ، وَصَحَّحَ بِعَدَدِهَا، فَعَلَى هَذَا يَصِحُّ فِي قَوْلِهِ: يُقْبَلُ كُلُّ وَاحِدٍ بِكَذَا عَلَى المَأْخَذَيْنِ.

ثُمَّ إِنَّهُ اخْتَارَ أَنَّ المُتَبَايِعَيْنِ إِنْ عَلِمَا أَنَّ بَعْضَ الصَّفْقَةِ غَيْرُ قَابِلٍ لِلْبَيْعِ لَمْ يَصِحَّ رِوَايَةً وَاحِدَةً؛ لِأَنَّهُمَا دَخَلَا عَلَى جَهَالَةِ الثَّمَنِ، وَإِنْ جَهِلَا ذَلِكَ فَهُوَ مَحَلُّ الرِّوَايَتَيْنِ؛ لِأَنَّ الجَهْلَ بِمِثْلِ ذَلِكَ تَأْثِيرٌ فِي الصِّحَّةِ، كَمَا لَوْ شَرَى المَبِيعَ الَّذِي لَا يَسْقُطُ أَرْشُهُ بَعْدَ الْعِتْقِ، وَهَذَا ضَعِيفٌ؛ فَإِنَّ الْبَائِعَ عَلِمَ بِالْعَيْبِ فِي الْعَقْدِ، وَلَا يَمْنَعُ الصِّحَّةَ، وَكَذَا فِي بَيْعِ النَّجْشِ، وَاخْتَارَ الْبَائِعُ بِزِيَادَةٍ عَلَى الثَّمَنِ عَمْدًا، فَإِنَّ الْبَيْعَ يَصِحُّ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ وَيَسْقُطُ بَعْضُ الثَّمَنِ.

وَهَاهُنَا طَرِيقَةٌ ثَانِيَةٌ لِدَفْعِ جَهَالَةِ الثَّمَنِ، وَهِيَ تَقْسِيطُهُ عَلَى عَدَدِ المَبِيعِ، لَا عَلَى الْقِيَمِ. ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ وَجْهًا فِي بَابِ الشَّرِكَةِ وَالْكِتَابَةِ مِنَ المُجَرَّدِ وَالْفُصُولِ فِيمَا إِذَا بَاعَ عَبْدَيْنِ أَحَدُهُمَا لَهُ وَالْآخَرُ لِغَيْرِهِ، أَنَّ الثَّمَنَ يَتَقَسَّطُ عَلَيْهِمَا نِصْفَيْنِ، كَمَا لَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَتَيْنِ فِي عَقْدٍ، وَهَذَا بَعِيدٌ جِدًّا، وَلَا أَظُنُّ يَطَّرِدُ إِلَّا فِيمَا إِذَا كَانَ جِنْسًا وَاحِدًا.

وَذَكَرَا فِي بَابِ الضَّمَانِ مِنْ كِتَابَيْهِمَا طَرِيقَةً ثَالِثَةً، وَهِيَ أَنَّهُ يُمْسِكُ وَيَصِحُّ الْعَقْدُ عَلَيْهِ بِكُلِّ الثَّمَنِ أَوْ يَرُدُّهُ، وَهَذَا فِي غَايَةِ الْفَسَادِ، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَخُصَّ هَذَا

بِمَنْ كَانَ عَالِمًا بِالحَالِ، وَأَنَّ بَعْضَ المَعْقُودِ عَلَيْهِ لَا يَصِحُّ الْعَقْدُ عَلَيْهِ، فَيَكُونُ قَدْ دَخَلَ عَلَى بَذْلِ الثَّمَنِ فِي مُقَابَلَةِ مَا يَصِحُّ عَلَيْهِ الْعَقْدُ خَاصَّةً، كَمَا نَقُولُ فِيمَنْ أَوْصَى لِحَيٍّ وَمَيِّتٍ يعْلَمُ مَوْتَهُ بِشَيْءٍ؛ أَنَّ الْوَصِيَّةَ كُلَّهَا لِلْحَيِّ.

وَلِبَعْضِهِمْ طَرِيقَةٌ أُخْرَى فِي المَسْأَلَةِ، وَهِيَ إِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَجُوزُ عَلَيْهِ الْعَقْدُ غَيْرَ قَابِلٍ لِلْمُعَاوَضَةِ بِالْكُلِّيَّةِ كَالطَّرِيقِ؛ بَطَلَ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ قَابِلٍ لِلتَّحَوُّلِ بِالْكُلِّيَّةِ، وَقِيَاسُهُ الخَمْرُ، وَإِنْ كَانَ قَابِلًا لِلصِّحَّةِ فَفِيهِ الخِلَافُ، ذَكَرَهُ الْأَزَجِيُّ، وَلَا يَثْبُتُ ذَلِكَ فِي المَذْهَبِ.

وَعَلَى الْقَوْلِ بِالتَّفْرِيقِ فَلِلْمُشْتَرِي الخِيَارُ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَالِمًا بِتَبْعِيضِ الصَّفْقَةِ عَلَيْهِ، وَلَهُ أَيْضًا الْأَرْشُ إِذَا أَمْسَكَ بِالْقِسْطِ فِيمَا يَنْقُصُ بِالتَّفْرِيقِ كَالْعَبْدِ الْوَاحِدِ وَالثَّوْبِ الْوَاحِدِ، ذَكَرَهُ صَاحِبُ المُغْنِي فِي الضَّمَانِ.

الصُّورَةُ الثَّانِيَةُ: أَنْ يَكُونَ التَّحْرِيمُ فِي بَعْضِ أَفْرَادِ الصَّفْقَةِ نَاشِئًا مِنَ الجَمْعِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْآخَرِ، فَهَاهُنَا حَالَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا أَنْ يَمْتَازَ بَعْضُ الْأَفْرَادِ بِمَزِيَّةٍ، فَهَلْ يَصِحُّ الْعَقْدُ بِخُصُوصِهِ أَمْ يَبْطُلُ فِي الْكُلِّ؟

فِيهِ خِلَافٌ، وَالْأَظْهَرُ صِحَّةُ المَزِيَّةِ.

فَمِنْ أَمْثِلَةِ صُوَرِ ذَلِكَ: مَا إِذَا اجْتَمَعَ عَقْدُ نِكَاحٍ بَيْنَ أُمٍّ وَبِنْتٍ، فَهَلْ يَبْطُلُ فِيهِمَا أَوْ يَصِحُّ فِي الْبِنْتِ لِصِحَّةِ وُرُودِ عَقْدِهَا عَلَى عَقْدِ الْأُمِّ مِنْ غَيْرِ عَكْسٍ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

وَمِنْهَا: لَوْ جَمَعَ حُرٌّ وَاجِدٌ لِلطَّوْلِ أَوْ غَيْرُ خَائِفٍ لِلْعَنَتِ بَيْنَ حُرَّةٍ وَأَمَةٍ فِي عَقْدٍ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ مَنْصُوصَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: يَبْطُلُ النِّكَاحَانِ مَعًا.

الثَّانِيَةُ: يَصِحُّ نِكَاحُ الْحُرَّةِ وَحْدَهَا، وَهِيَ أَصَحُّ؛ لِأَنَّهَا تَمْتَازُ بِصِحَّةِ وُرُودِ نِكَاحِهَا عَلَى نِكَاحِ الْأَمَةِ مِنْ غَيْرِ عَكْسٍ؛ فَهِيَ كَالْبِنْتِ مَعَ الْأُمِّ وَأَوْلَى؛ لِجَوَازِ دَوَامِ نِكَاحِ الْأَمَةِ مَعَهَا عَلَى الصَّحِيحِ أَيْضًا.

وَمِنْهَا: أَنْ يَتَزَوَّجَ حُرٌّ خَائِفٌ لِلْعَنَتِ غَيْرُ وَاجِدٍ لِلطَّوْلِ حُرَّةً تُعِفُّهُ بِإِفْرَادِهَا وَأَمَةً فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ، وَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَصِحُّ نِكَاحُ الْحُرَّةِ وَحْدَهَا، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّدِ؛ لِأَنَّ الْحُرَّةَ تَمْتَازُ عَلَى الْأَمَةِ بِصِحَّةِ وُرُودِ نِكَاحِهَا عَلَيْهَا، فَاخْتَصَّتْ بِالصِّحَّةِ.

وَالثَّانِي: يَصِحُّ نِكَاحُهُمَا مَعًا، قَالَهُ الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي خِلَافَيْهِمَا؛ لِأَنَّ لَهُ فِي هَذِهِ الْحَالِ قَبُولَ نِكَاحِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا عَلَى الِانْفِرَادِ؛ فَيَصِحُّ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا، كَمَا لَوْ جَمَعَ بَيْنَ أَمَةٍ ثُمَّ حُرَّةٍ.

وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لِأَنَّ قُدْرَتَهُ عَلَى نِكَاحِ الْحُرَّةِ تَمْنَعُهُ مِنْ نِكَاحِ الْأَمَةِ بِمُقَارَنَةِ نِكَاحِ الْحُرَّةِ أَوْلَى بِالْمَنْعِ، أَمَّا إِذَا كَانَ الْمُتَزَوِّجُ عَبْدًا وَقُلْنَا بِمَنْعِهِ مِنْ نِكَاحِ الْأَمَةِ عَلَى الْحُرَّةِ الَّتِي تُعِفُّهُ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ كَالْحُرِّ سَوَاء، قَالَهُ الْقَاضِي فِي الْجَامِعِ وَصَاحِبُ الْمُحَرَّرِ.

وَالثَّانِي: يَصِحُّ جَمْعُهُ بَيْنَهُمَا فِي عَقْدٍ بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَهو ظَاهِرُ كَلَامِ أَبِي الْخَطَّابِ وَصَاحِبِ الْمُغْنِي؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا تَمْنَعُهُ الْقُدْرَةُ عَلَى نِكَاحِ الْحُرَّةِ مِنْ نِكَاحِ الْأَمَةِ،

فَلا تَمْنَعُهُ مُقَارَنَة نِكَاحِهِمَا، وَإِنَّمَا يُمْنَعُ بِسَبْقِ نِكَاحِ الحُرَّةِ.

الحَالَةُ الثَّانِيَةُ: أَنَّهُ لَا يَمْتَازُ بَعْضُهَا عَنْ بَعْضٍ بِمَوْتِهِ، فَالمَشْهُورُ الْبُطْلَانُ فِي الْكُلِّ؛ إِذْ لَيْسَ بَعْضُهَا أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي الصِّحَّةِ، مِثْلُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ فِي عَقْدٍ أَوْ خَمْسًا فِي عَقْدٍ، فَالمَذْهَبُ الْبُطْلَانُ فِي الْكُلِّ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ وَأَبِي الحَارِثِ.

وَنَقَلَ عَنْهُ ابْنُ مَنْصُورٍ: إِذَا تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ فِي عَقْدٍ يَخْتَارُ إِحْدَاهُمَا، وَتَأَوَّلَهُ الْقَاضِي عَلَى أَنَّهُ يَخْتَارُهَا بِعَقْدٍ مُسْتَأْنَفٍ، وَهُوَ بَعِيدٌ.

وَخَرَّجَ الْقَاضِي فِيمَا إِذَا زَوَّجَ الْوَلِيَّانِ مِنْ رَجُلَيْنِ وَقَعَا مَعًا أَنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا، فَمَنْ أُقْرِعَ لَهُ فَهِيَ زَوْجَتُهُ، وَيُخَرَّجُ هُنَا أَمْثِلَةٌ.

الصُّورَةُ الثَّالِثَةُ: أَنْ تَجْمَعَ الصَّفْقَةُ شَيْئَيْنِ يَصِحُّ الْعَقْدُ فِيهِمَا ثُمَّ يَبْطُلُ الْعَقْدُ فِي أَحَدِهِمَا قَبْلَ اسْتِقْرَارِهِ، فَإِنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْبُطْلَانِ دُونَ الْآخَرِ.

قَالَ الْقَاضِي وَابْنُ عَقِيلٍ: رِوَايَةً وَاحِدَةً؛ لِأَنَّ التَّفْرِيقَ وَقَعَ هُنَا دَوَامًا، لَا ابْتِدَاءً، وَالدَّوَامُ أَسْهَلُ مِنَ الِابْتِدَاءِ، وَمَعَ هَذَا فَقَدْ حَكَوْا فِيمَا إِذَا تَفَرَّقَ المُتَصَارِفَانِ عَنْ قَبْضِ بَعْضِ الصَّرْفِ أَنَّهُ يَبْطُلُ الْعَقْدُ فِيمَا لَمْ يَقْبِضْ، وَفِي الْبَاقِي رِوَايَتَا تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ، وَهَذَا تَفْرِيقٌ فِي الدَّوَامِ، إِلَّا أَنْ يُقَالَ: الْقَبْضُ فِي الصَّرْفِ شَرْطٌ لِانْعِقَادِ الْعَقْدِ، لَا لِدَوَامِهِ، وَإِنَّ الْعَقْدَ مُرَاعًى بِوُجُودِهِ، صَرَّحَ بِهِ جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ، فَيَكُونُ التَّفْرِيقُ حِينَئِذٍ فِي الِابْتِدَاءِ، غَيْرَ أَنَّ الْقَاضِيَ حَكَى الخِلَافَ فِي تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ فِي السَّلَمِ وَالصَّرْفِ، مَعَ تَصْرِيحِهِ فِي المَسْأَلَةِ بِأَنَّ الْقَبْضَ شَرْطٌ لِلدَّوَامِ دُونَ الِانْعِقَادِ، وَهَذَا يَقْتَضِي وَلَا بُدَّ تَخْرِيجَ الخِلَافِ فِي تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ دَوَامًا قَبْلَ اسْتِقْرَارِ الْعَقْدِ.

وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ الشَّامِيُّ أَنَّ مَالَ الزَّكَاةِ إِذَا بِيعَ ثُمَّ أَعْسَرَ الْبَائِعُ بِالزَّكَاةِ فَلِلسَّاعِي الْفَسْخُ فِي قَدْرِهَا، فَإِذَا فَسَخَ فِي قَدْرِهَا فَهَلْ يَنْفَسِخُ الْبَاقِي؟

يُخَرَّجُ عَلَى رِوَايَتَيْ تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ، وَهَذَا تَصْرِيحٌ بِإِجْرَاءِ الخِلَافِ فِي التَّفْرِيقِ فِي الدَّوَامِ، فَإِنِ انْفَسَخَ هُنَا بِسَبَبٍ سَابِقٍ عَلَى الْعَقْدِ فَلَا يَسْتَقِرُّ الْعَقْدُ مَعَهُ، فَهَذَا فِي الْبَيْعِ وَنَحْوِهِ.

فَأَمَّا فِي النِّكَاحِ فَإِنْ طَرَأَ مَا يَقْتَضِي تَحْرِيمَ إِحْدَى الْمَرْأَتَيْنِ بِعَيْنِهَا كَرِدَّةٍ وَرَضَاعٍ، وَاخْتَصَّتْ بِانْفِسَاخِ النِّكَاحِ وَحْدَهَا بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَإِنْ طَرَأَ مَا يَقْتَضِي تَحْرِيمَ الجَمْعِ بَيْنَهُمَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِإِحْدَاهُمَا مَزِيَّةٌ بِأَنْ صَارَتَا أُمًّا وَبِنْتًا بِالِارْتِضَاعِ؛ فَرِوَايَتَانِ: أَصَحُّهُمَا يَخْتَصُّ الِانْفِسَاخُ بِالْأُمِّ وَحْدَهَا إِذَا لَمْ يَدْخُلْ بِهِمَا؛ لِأَنَّ الِاسْتِدَامَةَ أَقْوَى مِنْ الِابْتِدَاءِ، فَهُوَ كَمَنْ أَسْلَمَ عَلَى أُمٍّ وَبِنْتٍ وَلَمْ يَدْخُلْ بِهِمَا، فَإِنَّهُ يَثْبُتُ نِكَاحُ الْبِنْتِ دُونَ الْأُمِّ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وُجِدَ فِي آخِرِ النُّسْخَةِ مَا نَصُّهُ

الحَمْدُ للهِ كَثِيرًا بِلَا انْتِهَاءٍ، وَصَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ تَسْلِيمًا كَثِيرًا دَائِمًا إِلَى يَوْمِ الدِّينِ، وَحَسْبُنَا اللهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ، وَلَا حَوْلَ وَلَا قُوَّةَ إِلَّا بِاللهِ الْعَلِيِّ الْعَظِيمِ.

تَمَّتِ الْقَوَاعِدُ بِتَجْدِيدِ مَالِكِهَا الْفَقِيرِ إِلَى اللهِ تَعَالَى مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ سَيْفٍ الحَنْبَلِيِّ، غَفَرَ اللهُ لَهُ وَلِوَالِدَيْهِ وَمَشَايِخِهِ فِي الدِّينِ، آمِينَ.

⁂

فهرس الآيات

الآية ـــــــ الصفحة



فهرس الأحاديث والآثار

الحديث **الصفحة**

⁂

فهرس الفوائد

الفائدة — الصفحة

⁂

فهرس الموضوعات

الموضوع ــــــــــــــــ الصفحة

* * *